



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E DE
CIÊNCIAS SOCIAIS - FAJS**

MARCELO ANDRADE LEÃO

**DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS LICITATÓRIOS PROVOCADA PELA
INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS
TÉCNICOS, DE NATUREZA SINGULAR, COM PROFISSIONAIS OU
EMPRESAS DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO**

Brasília
2016

MARCELO ANDRADE LEÃO

**DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS LICITATÓRIOS PROVOCADA PELA
INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS
TÉCNICOS, DE NATUREZA SINGULAR, COM PROFISSIONAIS OU
EMPRESAS DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO**

Monografia apresentada como
requisito para conclusão do curso de
bacharelado em Direito do Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Professor Paulo Afonso
Cavichioli Carmona

Brasília

2016

MARCELO ANDRADE LEÃO

**DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS LICITATÓRIOS PROVOCADA PELA
INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS
TÉCNICOS, DE NATUREZA SINGULAR, COM PROFISSIONAIS OU
EMPRESAS DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO**

Monografia apresentada como
requisito para conclusão do curso de
bacharelado em Direito do Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Professor Paulo Afonso
Cavichioli Carmona

Brasília, _____ de _____ 2016.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Professor Paulo Afonso Cavichioli Carmona

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus por ter me concedido saúde, ânimo e sabedoria para concluir a graduação.

Agradeço ao apoio incondicional dos meus pais e irmãos, pela participação de cada um deles na minha formação e por terem me ajudado a ser melhor a cada dia.

Aos meus amigos, que conviveram comigo durante todo este tempo, compartilhando as mesmas dificuldades e alegrias.

A todos os professores do curso, os quais transmitiram todo o conteúdo programático com uma qualidade insuperável.

Ao meu orientador, Professor Paulo Afonso Cavichioli Carmona, pelas contribuições prestadas.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo mostrar a violação aos princípios licitatórios gerada pela inexigibilidade de licitação para a contratação direta de serviços técnicos prestados por profissionais notoriamente especializados. Para demonstrar a violação, faz-se uma análise dos pressupostos e princípios norteadores da licitação e das hipóteses de contratação direta, em especial a prevista no art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93, por meio da verificação de argumentos trazidos pela doutrina e jurisprudência. Finalmente, conclui-se com a refutação das referidas argumentações, as quais têm por pressuposto justificar a aplicabilidade da inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos profissionais especializados.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Contratação Direta. Licitação. Inexigibilidade de licitação. Princípios Licitatórios.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. LICITAÇÃO	10
1.1. Princípios Licitatórios.....	11
1.1.1. Princípio da Legalidade	13
1.1.2. Princípio da Igualdade/Isonomia.....	13
1.1.3. Princípio da Publicidade	14
1.1.4. Princípio da Moralidade e Probidade Administrativas.....	15
1.1.5. Princípio da Vinculação ao instrumento convocatório	16
1.1.6. Princípio do Julgamento objetivo.....	16
1.1.7. Princípio da Adjudicação Compulsória	17
1.1.8. Princípio da Impessoalidade.....	18
1.1.9. Princípio da Competitividade	18
1.1.10. Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público	19
1.2. Os pressupostos da licitação	19
1.2.1. Pressuposto lógico	20
1.2.2. Pressuposto jurídico	20
1.2.3. Pressuposto fático	20
2. CONTRATAÇÃO DIRETA	22
2.1. Licitação Dispensada.....	25
2.2. Licitação Dispensável.....	29
2.3. Licitação Inexigível	32
2.3.1. Exclusividade de fornecedor.....	33
2.3.2. Artista Consagrado	35
2.3.3. Contratação de serviços técnicos, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização	36
2.4. Reflexões sobre Contratação Direta.....	39
3. ANÁLISE DOS REFLEXOS DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS, DE NATUREZA SINGULAR, PRESTADOS POR PROFISSIONAIS OU EMPRESAS DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO	41
3.1. Divergências acerca do requisito da singularidade como caracterizador da contratação direta.....	41

3.2. Impessoalidade na contratação de serviços por parte da Administração Pública.....	45
3.3. Impossibilidade de previsão antecipada de que se trata de contratação vantajosa	48
3.4. Competitividade como materialização de uma escolha objetiva para evitar a discricionariedade do administrador	50
3.5. Ausência de licitação para notórios especialistas.....	54
3.6. Análise Jurisprudencial.....	56
3.6.1. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.....	56
3.6.2. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	63
3.7. Considerações Finais	67
CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS.....	73

INTRODUÇÃO

O assunto que será tratado na presente monografia diz respeito à inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos, de natureza singular, prestados por profissionais ou empresas de notória especialização, prevista no artigo 25, inciso II da Lei 8.666/93. O objetivo é mencionar se há ou não violação aos princípios licitatórios, análise que retrataremos ao longo dos capítulos.

O tema é extremamente relevante, na medida em que a abordagem do instituto permitirá o exame da inexigibilidade acima mencionada em contraponto com os princípios que devem estar presentes na contratação realizada pela Administração Pública. Tal situação visa adequar a lei de licitação à realidade dos interessados em participar do procedimento licitatório.

Nesse sentido, a abordagem acerca da hipótese já especificada deve ser realizada de forma conjunta com os princípios licitatórios, os quais devem servir de base para a sua interpretação e aplicação aos casos concretos de contratação de obras e serviços por parte da Administração Pública.

Em termos pessoais, a escolha do tema diz respeito à constante dúvida acerca da adequada aplicabilidade do art. 25, II da Lei de Licitações.

Em termos acadêmicos, a opção pela temática se deu em virtude da importância em harmonizar os princípios licitatórios com as hipóteses de contratação direta, de modo a permitir que tanto os interesses da Administração como dos administrados sejam garantidos.

No primeiro capítulo abordaremos os conceitos iniciais da licitação e especificaremos os princípios e pressupostos da licitação.

No segundo capítulo serão especificadas as hipóteses de contratação direta, quais sejam, licitação dispensada, dispensável e inexigível, salientando suas semelhanças e diferenças. Destaca-se que a contratação sem realização de procedimento licitatório é exceção e só será utilizada em situações restritas e específicas.

No terceiro capítulo serão detalhados os reflexos da contratação de serviços técnicos, de natureza singular, prestados por profissionais ou

empresas de notória especialização por meio das posições doutrinárias, jurisprudenciais e objeções acerca do assunto.

Os tópicos tratarão das divergências acerca do requisito da singularidade como caracterizador da contratação direta; da impessoalidade na contratação de serviços por parte da Administração Pública; da impossibilidade de previsão antecipada de que se trata de contratação vantajosa; da competitividade como materialização de uma escolha objetiva para evitar a discricionariedade do administrador e da ausência de licitação para notórios especialistas. Os referidos temas permitirão concluir se a inexigibilidade prevista no artigo 25, inciso II, da Lei 8.666/93 viola ou não os princípios licitatórios.

O presente trabalho utilizará o método sintético para a análise do tema proposto, na medida em que exporá de antemão os princípios, noções, definições de palavras e de coisas, que sejam necessárias e convenientes para esclarecer a questão e facilitar seu conhecimento. Outra questão que caracteriza a utilização do método diz respeito à utilização de questões mais gerais, antes de adentrar nas situações particulares e concretas, ou seja, partiremos do universal para chegarmos ao particular.

Em face do exposto, percebe-se a importância do tema retratado e a necessidade de que a contratação direta atenda aos interesses da coletividade sem deixar de resguardar os direitos dos administrados.

1. LICITAÇÃO

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sequência organizada de atos vinculantes para a Administração e para os participantes da licitação, o que proporciona igual oportunidade a todos os interessados, servindo como fonte de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. Tem como pressuposto a competição.¹

A Constituição admitiu a presunção (absoluta) de que prévia licitação produz a melhor contratação – entendida como aquela que propicia o maior proveito possível à Administração Pública, com obediência ao princípio da isonomia. Todavia, a própria Constituição se incumbiu de impor limites a tal presunção absoluta, facultando contratação direta nos casos previstos por lei.²

Constatada a existência de uma diversidade de particulares em condições de satisfazer os interesses estatais e verificando-se critérios objetivos de seleção, a Administração terá a obrigação de assegurar a competição. Deverá permitir que uma pluralidade de interessados na contratação tenha igual acesso ao certame. Os requisitos de participação deverão ser equivalentes.³

Ainda que se trate de empresas estatais com personalidade jurídica de Direito Privado, como as sociedades de economia mista, empresas públicas ou entidades controladas pelo Poder Público, é impositiva a observância das normas contidas na lei nº 8.666/93 (art. 119 da Lei 8.666/93), mesmo que possuam regulamentos próprios.⁴

Ao abordar aspectos acerca dos princípios licitatórios Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que:

“Uma primeira observação é no sentido de que a própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010, p. 281.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 281.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 284.

⁴ PESTANA, Márcio. *Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008, p. 291.

Pública. Ela é uma decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contrastante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público”.⁵

É importante destacar que ao contrário dos particulares, que possuem ampla liberdade quando têm a intenção de adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para realizar tais atividades, precisa realizar um procedimento preliminar pontualmente determinado e rigorosamente estabelecido de acordo com a legislação aplicável, procedimento este denominado licitação.⁶

Conforme mencionado anteriormente “para celebrar contratos com o particular, objetivando obras, trabalhos, serviços, aquisições ou alienações, locações, a Administração é obrigada a realizar um procedimento prévio licitatório, sem o que celebrará contratos nulos, a não ser que, excepcionalmente, se isente do procedimento concorrencial em casos preliminarmente especificados. A lei será sempre exigida, não importando se fazem referência a contratos públicos (administrativos) ou privados”.⁷

A licitação é, portanto, um procedimento administrativo prévio que proporciona à Administração a escolha de seu futuro contratante dentre todos os concorrentes que acorrerem ao seu chamado, selecionando aquele que melhor convier ao serviço público.⁸

1.1. Princípios Licitatórios

Inicialmente, destaca-se a definição proposta por Carlos Ari Sunfeld, o qual indica que princípios nada mais são do que “ideias centrais de um

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 377.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015, p. 536.

⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas*. 9. ed. Forense, p. 110 apud FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p.18.

⁸ FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p.19.

sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se”.⁹

O Direito Administrativo é um ramo especialmente repleto de princípios, pois a defesa dos interesses da coletividade deve orientar as ações da administração e do administrador. De acordo com o dicionário, princípio é o “momento em que alguma coisa tem origem; causa primária; teoria; preceito”.¹⁰

Tendo em vista que foi instituída por fundamentos próprios, a licitação é guiada por princípios, alguns dos quais expressos em lei, de forma a delimitar os lineamentos em que se deve edificar o procedimento. Costumeiramente, a análise da validade ou não dos atos do procedimento abarcam esses princípios.¹¹

Segundo o que a própria lei apontou, reputam-se básicos os princípios orientadores e estruturais do procedimento da licitação, expressos no art. 3º do Estatuto (Lei 8.666/1993).¹²

Além dos princípios básicos que o Estatuto disciplinou, foram previstos outros que com eles se relacionam. O art. 3º da Lei de Licitações, depois de listar os princípios básicos, mencionou a existência de princípios correlatos. Dessa forma, são correlatos os princípios que decorrem dos princípios básicos e que com estes têm conexão em razão da matéria de que tratam. Por serem correlatos e derivados, encontram-se espalhados na regulação disciplinadora das licitações.¹³

⁹ SUNFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. 2. ed. Editora Malheiros, 1995, p. 18.

¹⁰ VERÍSSIMO, Dijonilson Paulo Amaral. *Princípios gerais e específicos da licitação*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12955>. Acesso em: 04 out. 2015.

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 245.

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 245.

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 249.

É importante ratificar que “os princípios correlatos encontram-se dispersos pelo Estatuto, e representam vetores específicos dos princípios básicos, os quais são caracterizados por sua generalidade”.¹⁴

1.1.1. Princípio da Legalidade

Para a Administração, a legalidade deve primeiramente ser compreendida como a inviabilidade de ela realizar qualquer ato não previsto nem autorizado por lei. Nesse contexto, ao nos reportarmos ao âmbito do direito privado, todos os particulares poderão praticar qualquer ato, efetuar qualquer atividade, ressalvada disposição legal proibindo sua prática. No ramo do Direito Administrativo, a Administração somente estará apta a praticar quaisquer atos, mediante autorização de lei. Caso não exista norma autorizadora, o administrador estará proibido de praticar condutas que não estão nela expressas, e, ainda que o faça, será nulo o ato.¹⁵

Ao abordar o presente princípio, verifica-se que a lei 8.666/93, em seu art. 4º faz uma abordagem clara e precisa acerca da legalidade, dispondo que “todos quantos participem da licitação têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei”.¹⁶

1.1.2. Princípio da Igualdade/Isonomia

O princípio da igualdade constitui um dos pilares da licitação, na medida em que esta objetiva, não somente permitir à Administração a seleção da melhor proposta, como também proporcionar paridade de direitos a todos os interessados em contratar. Esse princípio, que hoje está expresso no artigo 37, XXI, da Constituição, impede a estipulação de condições que impliquem preferência em proveito de determinados licitantes e, por consequência lógica, em desfavor dos demais. Na parte final, o dispositivo deixa evidente que o

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 252.

¹⁵ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos: teoria, prática e jurisprudência*. São Paulo: Atlas. 2001, p. 39.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015, p. 546.

procedimento licitatório apenas permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.¹⁷

O princípio da igualdade importa a obrigatoriedade não somente de tratar todos os que afluírem ao certame de forma imparcial, mas também o de dar oportunidade aos que se interessarem em fazer parte da “disputa”.¹⁸

Destaca-se que é inapropriado ponderar que a Administração Pública e o administrado devem ser colocados em pé de igualdade, pois o interesse daquela, por ser um interesse público, de forma geral deverá prevalecer sobre o interesse do particular. Todavia, dentre os administrados deve haver igualdade de tratamento por parte da Administração Pública. Nesse sentido, a Administração Pública é suprema perante seus administrados, os quais devem ser por ela tratados de forma isonômica, imparcial, equânime, impessoal.¹⁹

1.1.3. Princípio da Publicidade

No que diz respeito ao princípio da publicidade Hely Lopes Meirelles salienta que:

“A publicidade dos atos da licitação é princípio que abrange desde os avisos de sua abertura até o conhecimento do edital e seus anexos, o exame da documentação e das propostas pelos interessados e o fornecimento de certidões de quaisquer peças, pareceres ou decisões com ela relacionadas. É em razão desse princípio que se impõem a abertura dos envelopes da documentação e proposta em público e a publicação oficial das decisões dos órgãos julgadores e do respectivo contrato, ainda que resumidamente (arts. 3º, § 3º, e 43, § 1º)”.²⁰

Não se deve, portanto, confundir a abertura da documentação e das propostas com o seu julgamento. Aquela se dará por ato público; este poderá ocorrer em local fechado e sem o acompanhamento dos interessados, para

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. Ed. São Paulo: Atlas. 2014, p. 378.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015, p. 546-547.

¹⁹ OLIVEIRA, Marcus Vinicius de Lima. *Os diversos aspectos do princípio da igualdade na licitação pública*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4289>. Acesso em: 04 out. 2015.

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010, p. 283.

que aqueles que julgam tenham a imprescindível tranquilidade na análise dos elementos e possam debater de forma livre e independente os questionamentos a decidir. O fundamental é a comunicação do resultado do julgamento, de modo a permitir aos interessados os recursos administrativos e as vias judiciais cabíveis decorrentes da divulgação.²¹

Outro aspecto a ser abordado diz respeito à imposição da Administração Pública em permitir que todos os interessados tomem conhecimento dos atos e termos da licitação. A referida transparência deve envolver não somente aquele que disputa o procedimento, mas qualquer cidadão.²²

1.1.4. Princípio da Moralidade e Probidade Administrativas

O princípio da moralidade propõe que o procedimento da licitação deverá se desencadear conforme padrões éticos, o que impele a adoção de comportamento correto, íntegro, honesto, tanto por parte da Administração quanto por parte dos licitantes.²³

No que diz respeito à Administração, o mencionado princípio está reiterado na referência ao princípio da probidade administrativa. Nesse aspecto, o certame deverá ser por ela conduzido com observância a atitudes de caráter moral, incluindo a correção defensiva dos interesses de quem a promove e as exigências de lealdade e boa-fé na sua relação com os licitantes.²⁴

A moralidade e a probidade administrativas são princípios de conteúdo inespecífico, que não podem ser explicitados de modo exaustivo. A explicação, nesse ponto, será sempre aproximativa. Extrai-se o desígnio legislativo de que a licitação seja voltada para comportamentos relacionados à respeitabilidade, integridade e honradez. É impositiva a preservação do

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010, p. 283.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010, p. 552.

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010, p. 552.

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010, p. 552.

interesse coletivo acima da intenção egocêntrica dos licitantes ou da trivial obtenção de vantagens econômicas para a própria Administração.²⁵

1.1.5. *Princípio da Vinculação ao instrumento convocatório*

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório (edital, carta-convite), previsto no art. 3º da Lei 8.666/93, obriga tanto a Administração Pública licitante como os interessados em participar da licitação, os proponentes, à pontual obediência aos termos e condições fixados no edital ou na carta-convite.²⁶

Segundo Diogenes Gasparini:

“Esse princípio é reafirmado no art. 41 desse mesmo diploma legal, que estabelece: A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo no Acórdão n. 222.019-SP (RDP, 26:180). Nem se compreenderia, diz Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 268), que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu (art. 41)”.²⁷

Conforme salientado, o presente princípio impõe à Administração e aos licitantes o respeito às regras preliminarmente determinadas para disciplinar o certame, de acordo com o art. 41 do Estatuto federal licitatório, anteriormente transcrito.²⁸

1.1.6. *Princípio do Julgamento objetivo*

O julgamento, na licitação, é a indicação, pela comissão de licitação, da proposta vencedora. Julgamento objetivo significa que deve se nortear pelo

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 72.

²⁶ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 542.

²⁷ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 542-543.

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015, p. 552.

critério previamente fixado no instrumento convocatório, observadas todas as normas a respeito.²⁹

É relevante destacar que a lei nº 8.666/93 visa, na medida do possível, indicar critérios objetivos da atuação administrativa, buscando suprimir toda e qualquer subjetividade do administrador.³⁰

O princípio almeja impedir que os membros da comissão de julgamento façam uso de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais na escolha do licitante vencedor.³¹

Destaca-se que mesmo em casos pontuais em que não seja possível a eliminação da subjetividade por completo, a realização da licitação permite que essa “subjetividade” chegue o mais próximo possível da objetividade visada.

1.1.7. Princípio da Adjudicação Compulsória

O princípio da adjudicação compulsória ao vencedor proíbe que a Administração, após o procedimento licitatório, atribua seu objeto a quem não tenha sido o genuíno ganhador.³²

Conforme destacado, “a adjudicação ao vencedor é obrigatória, salvo se este desistir expressamente do contrato ou o não firmar no prazo prefixado, a menos que comprove justo motivo”.³³

Cretella Júnior entende de maneira diversa ao pensamento de Hely Lopes Meirelles, destacando que “de forma alguma com a finalização do procedimento licitatório, o vencedor tem direito, mas perspectiva de direito”.³⁴

²⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 206.

³⁰ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos: teoria, prática e jurisprudência*. São Paulo: Atlas. 2001, p. 50.

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015, p. 553.

³² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010, p. 286.

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010, p. 286.

³⁴ CRETELLA JR., José. *Licitações e Contratos do Estado*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999, p. 63.

É importante destacar que com o encerramento da adjudicação, o certame passa para o passo seguinte, qual seja, a contratação.

1.1.8. Princípio da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade surge, na licitação, essencialmente relacionado com os princípios da isonomia e do julgamento objetivo: todos os licitantes devem ser tratados igualmente, em termos de direitos e obrigações, devendo a Administração, em suas decisões, pautar-se por critérios claros e objetivos, sem se basear pela situação particular dos licitantes ou por benefícios por eles ofertados, ressalvados aqueles expressamente apontados na lei ou no instrumento convocatório.³⁵

É relevante destacar que os licitantes devem ser tratados de forma neutra, durante todo o procedimento licitatório, vedados quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes.³⁶

A impessoalidade não serve de norte para o entendimento exagerado de que todos devem ser tratados de forma absolutamente idêntica. Nesse aspecto, as particularidades do contrato podem ensejar a adoção de critérios de qualificação técnica e econômica necessários ao seu cumprimento.³⁷

1.1.9. Princípio da Competitividade

O princípio da competitividade, por sua natureza e aplicação prática, merece ser recordado. Destaca-se que o mencionado princípio é correlato ao princípio da igualdade. Exprime que a Administração não pode adotar critérios ou produzir regramentos que prejudiquem, limitem ou frustrem o caráter competitivo da licitação.³⁸

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 385.

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015, p. 546.

³⁷ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos: teoria, prática e jurisprudência*. São Paulo: Atlas. 2001, p. 40.

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 249.

Em outros termos, deve o procedimento viabilizar o confronto e a competição entre os licitantes, para que a escolha seja baseada nos interesses da coletividade e em critérios objetivos. É extremamente verificável, portanto, que a ausência de disputa, comprometeria o próprio princípio da igualdade, já que alguns se beneficiariam à custa do prejuízo de outros. Encontramos o princípio no art. 3º, § 1º, I, da Lei de Licitações.³⁹

1.1.10. Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público

Hely Lopes Meirelles, ao mencionar o princípio da indisponibilidade do interesse público, afirma que:

“A Administração Pública não pode dispor desse interesse geral nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público, cujo titular é o Estado, que, por isso, mediante lei poderá autorizar a disponibilidade ou a renúncia”.⁴⁰

Nesse sentido, pode-se entender que a escolha da proposta que melhor atenda ao interesse da coletividade, interesse este que não pode se transacionado, diz respeito ao presente princípio.

Outro aspecto que faz referência ao princípio da indisponibilidade do interesse público é o da economicidade, propondo que, além da seleção da proposta que melhor atenda às necessidades de toda a coletividade, deve ser impositiva a adoção de solução mais adequada e pertinente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos.⁴¹

O objetivo, portanto, é contratar visando o interesse público com o menor custo possível.

1.2. Os pressupostos da licitação

Para que qualquer licitação ocorra é necessário o preenchimento de certos pressupostos, sem os quais o procedimento licitatório não atenderia as

³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 249.

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010, p. 105.

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 64.

finalidades a ele inerentes. Existem três pressupostos: o lógico, o jurídico e o fático.⁴²

Dessa forma, apesar de ser exceção, a contratação direta pode ser efetivada e a justificativa para a não realização de licitação está na falta dos pressupostos que serão analisados adiante, quais sejam, pressuposto lógico, pressuposto jurídico e pressuposto fático.

1.2.1. Pressuposto lógico

O pressuposto lógico faz referência à existência de uma variedade de objetos e de diversos ofertantes. Nesse sentido, quando o objeto é singular, sem que exista outro equivalente no mercado, e quando somente há um ofertante, não haverá licitação,⁴³ o tema será abordado no presente trabalho em momento adequado.

1.2.2. Pressuposto jurídico

O pressuposto jurídico diz respeito ao próprio certame licitatório, como um meio hábil para que a Administração alcance o interesse que deve ser por ela provido. A licitação não é um fim em si mesma, mas, como já mencionado, é um meio para chegar adequadamente a um resultado desejado, por meio de uma relação jurídica. Quando nem mesmo em tese pode-se cumprir tal função, é incoerente a realização de qualquer procedimento licitatório. Diante dessas situações é que se configuram as hipóteses de contratação direta permitidas na legislação.⁴⁴

1.2.3. Pressuposto fático

É pressuposto fático da licitação a existência de interessados em disputá-la. A falta de tal pressuposto torna inviável a realização do certame, já

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015, p. 556.

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015, p. 546.

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015, p. 546.

que, pela inexistência de licitantes participando do procedimento licitatório, não haveria como fazer a análise da habilitação nem o julgamento das propostas.⁴⁵

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015, p. 546.

2. CONTRATAÇÃO DIRETA

Para a doutrina brasileira, a Constituição acolheu a presunção absoluta de que a realização de prévia licitação conduz a Administração à contratação mais adequada, pois proporciona o maior proveito possível, com respeito aos princípios, tais como isonomia e impessoalidade. No entanto, a própria Constituição Federal confere ao legislador atribuição para estabelecer casos excepcionais em que o procedimento licitatório não será realizado (art. 37, XXI).⁴⁶

É relevante destacar que “a contratação direta, via de regra, obedece um procedimento administrativo prévio. Ou seja, inexistência de licitação não é sinônimo de contratação sem formalidades, realizada com quem a Administração bem entenda, sem os cuidados necessários e sem qualquer tipo de documentação. Ao contrário, a contratação direta exige, conforme anteriormente mencionado, um procedimento prévio, em que se torna imperioso o atendimento a determinadas fases e formalidades essenciais”.⁴⁷

Dentro da sistemática adotada pela lei 8.666/93, há situações em que é adotada a expressão “licitação dispensada” (art. 17, I e II); em outras, é utilizada a expressão “licitação dispensável” (art. 24); e, finalmente, “licitação inexigível” (art. 25). Essas seriam as situações descritas legalmente, e de cunho excepcional, em que é permitida a contratação direta, sem a realização de qualquer procedimento licitatório.⁴⁸

A diferença básica entre a dispensa e a inexigibilidade de licitação é que naquela é possível a competição, a qual justifica a possibilidade de licitação, sendo facultada a dispensa por expressa disposição legal. A referida faculdade permite inferir que a Administração tem competência discricionária para decidir pela realização ou não de procedimento licitatório. Na licitação inexigível, todavia, não se admite nenhum tipo de competição, tendo em vista

⁴⁶ MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 393.

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 281.

⁴⁸ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012, p. 58.

que só existe um objeto ou um sujeito capaz de satisfazer os interesses da Administração; a licitação é, portanto, impossível, impraticável.⁴⁹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao mencionar os casos de contratação direta, destaca, ainda, que “existem, contudo, casos de dispensa que escapam à discricionariedade administrativa, por estarem já determinados por lei; é o que decorre do artigo 17, incisos I e II, da Lei 8666/93”.⁵⁰

Nas situações previstas no art. 17, incisos I e II da Lei de Licitações, mesmo existindo interessados em participar do procedimento, a licitação não será realizada. Nesse sentido, pode-se concluir que mesmo no caso de interesse, de desejo do administrador, ele não poderá realizar a licitação, ou seja, na licitação dispensada não há margem de liberdade para o administrador licitar, diferenciando-a da licitação dispensável.⁵¹

Ao analisar as causas que levam à dispensa ou inexigibilidade de licitação, a percepção é a de que tais hipóteses somente são plausíveis quando os princípios fundamentais da isonomia e da moralidade administrativa não estiverem sendo suprimidos.⁵²

É importante salientar que todas as hipóteses previstas na lei como de licitação dispensada dizem respeito à alienação de bens. A alienação de bens móveis ou imóveis pela Administração Pública está ligada à existência do interesse público e deverá ser precedida de avaliação preliminar, conforme prevê o art. 17, caput, da lei nº 8.666/93.⁵³

Conforme mencionado, a licitação dispensada trata de hipóteses de alienação de bens públicos, móveis ou imóveis, alienação esta que se dá dentro da Administração Pública. É importante destacar que o rol estabelecido para as hipóteses de licitação dispensada é taxativo, não admitindo interpretação extensiva.

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 395.

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 395.

⁵¹ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos: teoria, prática e jurisprudência*. São Paulo: Atlas. 2001, p. 64.

⁵² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2002, p. 461.

⁵³ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012, p. 61.

O art. 24 da Lei de Licitações indica as hipóteses em que a licitação é dispensável. São elencadas, de forma taxativa, situações que permitem a contratação direta, ou seja, sem realização de licitação. As hipóteses determinadas no dispositivo supramencionado não podem ser flexibilizadas ou estendidas pelo administrador. Trata-se de lista exaustiva que não aceita qualquer tipo de interpretação extensiva ou análoga, de modo a impedir a criação situações não permitidas pelo legislador.⁵⁴

As hipóteses de licitação dispensável são divididas em quatro grupos, quais sejam: em razão do valor; em razão de situações excepcionais; em razão do objeto; e em razão da pessoa.⁵⁵

No que se refere ao caput do art. 25 da lei 8.666/93, destaca-se que o referido dispositivo prevê como inexigibilidade de licitação situações em que a competição é inviável, em especial, quando ocorrer uma das três hipóteses retratadas nos incisos que menciona. A expressão utilizada é apresentada pela doutrina pátria para assegurar que se trata de rol exemplificativo, firmando a assertiva de que as situações abordadas no artigo não são as únicas. Por outro lado, mesmo quando se caracterizar uma das hipóteses expressas nos incisos, se for possível a competição, a licitação é necessária, porque não foi preenchida a condição fundamental citada no caput do art. 25.⁵⁶

Tal entendimento é corroborado pela decisão do Tribunal de Contas da União e se aplica a todos os incisos do art. 25 da lei 8.666/93:

“[...] o enquadramento em situação de inexigibilidade de licitação prevista no Estatuto de Licitações e Contratos – Lei nº 8.666/1993, art. 25, caput – exige inviabilidade de competição, sendo que o caso especial previsto no inciso I do mesmo artigo só se configura comprovado não apenas que determinado material, equipamento ou gênero só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo – vedada à preferência de marca - mas também que inexistem produtos similares capazes de atender às necessidades do

⁵⁴ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012, p. 62.

⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 398.

⁵⁶ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Contratação Direta sem Licitação*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012, p. 538.

serviço, devendo ambas as assertivas estar devidamente comprovadas nos autos”.⁵⁷

Salienta-se que “só se licitam bens homogêneos, intercambiáveis e equivalentes. Não se licitam coisas desiguais”.⁵⁸

É importante ratificar que o rol elencado na inexigibilidade de licitação é exemplificativo, permitindo que outras hipóteses que ensejam inviabilidade de competição autorizem contratações sem a necessidade de procedimento licitatório, conforme pode ser visualizado pela própria leitura do caput do art. 25 da Lei de Licitações.

2.1. Licitação Dispensada

A licitação dispensada é aquela em que não se admite a realização de procedimento licitatório em razão das hipóteses de alienação de bens dentro da Administração Pública, conforme previsão do art. 17, da lei 8.666/93.⁵⁹

As hipóteses de ocorrência de licitação dispensada estão dispostas no art. 17, inciso I, da lei nº 8.666/93, que se refere à alienação de bens imóveis, e no inciso II do mesmo artigo, o qual que prevê as hipóteses de alienação de bens móveis. As referidas situações se apresentam por meio de uma lista com caráter exaustivo.⁶⁰

No que se refere à alienação de bens imóveis, destaca-se que dependerá de autorização legislativa quanto aos órgãos da Administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, estará condicionada à avaliação prévia e à licitação na

⁵⁷ BRASIL, Tribunal de Contas da União. Processo nº TC-025.590/92-8. Decisão nº 325/1993 – Plenário. Relator: Ministro-Substituto José Antônio Barreto de Macedo. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 dez. 1993, Seção I. P. 19082.

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Licitação*. Revista dos Tribunais, 1985, p. 15 apud FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p.112.

⁵⁹ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 567.

⁶⁰ DA SILVA, Ivanildo Severino. *Licitação, dispensa de licitação e inexigibilidade de licitação. Apontamentos*. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/licitacao-dispensada-dispensa-de-licitacao-e-inexigibilidade-de-licitacao-apontamentos/19899/>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

modalidade de concorrência, dispensada esta nos casos transcritos no inciso I do art. 17,⁶¹ conforme já especificado acima.

Ao adentrar nas alíneas do inciso I do art. 17 da Lei de Licitações, se mostra relevante conceituar genericamente alguns dos institutos nelas previstos. Nesse contexto, a dação em pagamento diz respeito ao pagamento do débito de forma diferente da que foi contratada,⁶² desobrigando a Administração Pública da prestação originalmente convencionada.

Outro instituto relevante é o da doação. Segundo Diogenes Gasparini “Doação é o contrato mediante o qual a Administração Pública transfere um bem de seu patrimônio para o de outra pessoa que o aceita”.⁶³ Quanto à doação de imóveis é relevante destacar o §1º do art. 17, o qual dispõe que, “cessadas as razões que justificaram a sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário”.⁶⁴

No que se refere à permuta, entende-se como tal “o contrato realizado entre partes que se obrigam mutuamente a dar uma coisa por outra”.⁶⁵ Já a investidura “é comumente definida como a incorporação de uma área remanescente da utilizada na execução de uma obra pública, isoladamente inconstruível, a terreno público ou particular”.⁶⁶ O §3º do art. 17 define o presente instituto para os fins da lei de Licitações, conforme se verifica *in verbis*:

“§ 3º Entende-se por investidura, para os fins desta lei: I - a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse a 50% (cinquenta por cento) do valor constante da alínea "a" do inciso II do art. 23 desta lei; II - a alienação, aos legítimos possuidores diretos ou, na falta destes, ao Poder Público, de imóveis para fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas, desde que considerados dispensáveis na

⁶¹ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos: teoria, prática e jurisprudência*. São Paulo: Atlas. 2001, p. 66.

⁶² FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos: teoria, prática e jurisprudência*. São Paulo: Atlas. 2001, p. 67.

⁶³ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 571.

⁶⁴ BRASIL, *Lei 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.html>. Acesso em: 02 jun. 2016.

⁶⁵ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 572.

⁶⁶ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 572.

fase de operação dessas unidades e não integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão”.⁶⁷

A venda, descrita na alínea e do inciso I, é o “contrato mediante o qual uma das partes transfere o domínio de certo bem que integra o seu patrimônio ao outro contratante, mediante o recebimento, em dinheiro, de determinado preço”.⁶⁸

Márcio Pestana destaca que “a Administração, outrossim, poderá conceder direito real de uso de bens imóveis, dispensada a licitação, quando o uso se destinar a outro órgão ou entidade da Administração Pública (art. 17 da lei nº 8.666/1993)”.⁶⁹

A licitação, na situação acima transcrita, será também dispensada, de acordo com o §2º, inciso II da Lei de Licitações, quando o uso se destinar:

“a pessoa natural que, nos termos da lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura, ocupação mansa e pacífica e exploração direta sobre área rural situada na Amazônia Legal, superior a 1 (um) módulo fiscal e limitada a 15 (quinze) módulos fiscais, desde que não exceda 1.500ha (mil e quinhentos hectares)”.⁷⁰

Ao mencionar a licitação dispensada é imprescindível lembrar dos §§ 2º-A e 2º-B, os quais descrevem que:

“§ 2º-A. As hipóteses do inciso II do § 2º ficam dispensadas de autorização legislativa, porém submetem-se aos seguintes condicionamentos: I - aplicação exclusivamente às áreas em que a detenção por particular seja comprovadamente anterior a 1º de dezembro de 2004; II - submissão aos demais requisitos e impedimentos do regime legal e administrativo da destinação e da regularização fundiária de terras públicas; III - vedação de concessões para hipóteses de exploração não-contempladas na lei agrária, nas leis de destinação de terras públicas, ou nas normas legais ou administrativas de zoneamento ecológico-econômico; e IV - previsão de rescisão automática da concessão, dispensada notificação, em caso de declaração de utilidade, ou necessidade pública ou interesse social.

§ 2º-B. A hipótese do inciso II do § 2º deste artigo: I - só se aplica a imóvel situado em zona rural, não sujeito a vedação, impedimento ou inconveniente a sua exploração mediante atividades agropecuárias; II - fica limitada a áreas de até

⁶⁷ BRASIL, *Lei 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.html>. Acesso em: 02 jun. 2016.

⁶⁸ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 573.

⁶⁹ PESTANA, Márcio. *Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008, p. 286.

⁷⁰ BRASIL, *Lei 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.html>. Acesso em: 02 jun. 2016.

quinze módulos fiscais, desde que não exceda mil e quinhentos hectares, vedada a dispensa de licitação para áreas superiores a esse limite; III - pode ser cumulada com o quantitativo de área decorrente da figura prevista na alínea g do inciso I do caput deste artigo, até o limite previsto no inciso II deste parágrafo”.⁷¹

Destaca-se, portanto, que a lei nº 11.196/2005 acrescentou a alínea g ao inciso I, alterou o §2º e criou os §§2º-A e 2º-B. Nesse sentido, Maria Adelaide de Campos França aborda que:

“Com essas mudanças, aumentou o leque de hipóteses de dispensa de licitação para alienação de imóvel e para a concessão de título de propriedade e de direito de uso a pessoas físicas que criem condições de moradia em área rural situada na Amazônia Legal, observadas as condições descritas no §2º-B”.⁷²

Em virtude do que foi destacado, percebe-se que, de fato, as hipóteses de licitação dispensada foram ampliadas.

Outro ponto essencial diz respeito à relevância de salientar, em relação à alienação dos bens móveis, que serão necessárias avaliação prévia e licitação, sendo esta dispensada nos casos já transcritos no inciso II do art. 17.

Dentre os institutos previstos se faz necessário mencionar alguns deles, quais sejam, a venda de ações em bolsa, a qual a Administração Pública é detentora, que se verifica por meio de sua alienação, valendo-se da Bolsa de Valores, em que as referidas ações são realizadas sob o impacto da lei da oferta e da procura; a venda de título, onde a Administração manifesta o desejo de alienar títulos ou ações não negociáveis em bolsa de que é proprietária; por último, a venda de bens produzidos ou comercializados por órgão ou entidade da Administração Pública, em que se aliena de forma direta bens que seus órgãos ou entidades venham a produzir em razão das suas finalidades.⁷³

Por último, em relação ao presente tema, é importante mencionar que “a doação com encargo poderá ter a licitação dispensada, no caso de interesse público devidamente justificado (art. 17, §4º, da Lei nº 8.666/1993)”.⁷⁴

⁷¹ BRASIL, *Lei 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.html>. Acesso em: 02 jun. 2016.

⁷² FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p.76.

⁷³ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 576-577.

⁷⁴ PESTANA, Márcio. *Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008, p. 286.

2.2. Licitação Dispensável

A licitação dispensável abarca hipóteses em que é possível a competitividade, sendo permitida a realização de procedimento licitatório, mas a lei faculta sua não realização, possibilitando a atuação discricionária do administrador. As situações estão taxativamente descritas no art. 24 da Lei 8.666/93.⁷⁵

Nesse sentido, para que o caso enseje dispensa de licitação, deve estar expressamente previsto pelo legislador, com o atendimento a todos os requisitos mencionados no dispositivo, ou seja, apenas as hipóteses discriminadas pelo legislador de forma expressa indicam que se trata de licitação dispensável.⁷⁶

As hipóteses de licitação dispensável estão discriminadas no art. 24 da Lei 8.666/93 e podem ser sintetizadas na seguinte classificação: a) em razão do pequeno valor (incisos I e II); b) em razão do objeto a ser contratado (incisos X, XII, XV, XVII, XIX, XXI, XXV, XXIX, XXX, XXXI, XXXII e XXXIII); c) em razão de situações excepcionais (incisos III, IV, V, VI, VII, IX, XI, XIV, XVIII, XXVII e XXVIII); d) em razão das pessoas a serem contratadas (incisos VIII, XVI, XIII, XX, XXII, XXIII, XXIV, XXVI e XXXIV).⁷⁷

Dessa forma, percebe-se que o rol dos casos de dispensa previsto no artigo acima transcrito é extremamente extenso, razão pela qual não será possível esgotá-lo no presente trabalho, sendo, todavia, necessário explicar alguns dos casos nele tratados.

Em razão do valor é dispensável a licitação para obras e serviços de engenharia de até R\$ 15.000,00 e para compras e outros serviços de até R\$ 8.000,00.⁷⁸ De acordo com o §1º do artigo 24, os valores serão aumentados no caso dos contratados serem consórcios públicos, sociedade de economia

⁷⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 223.

⁷⁶ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Contratação Direta sem Licitação*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 277.

⁷⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 462.

⁷⁸ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos: teoria, prática e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 70.

mista, empresa pública, autarquia ou fundação (no caso de autarquia ou fundação, deverão elas ser qualificadas, na forma da lei, como Agências executivas). Nos casos descritos no referido parágrafo, os valores para dispensa serão de até R\$ 30.000,00 para obras e serviços de engenharia e de até R\$ 16.000,00 para compras e outros serviços.

Diante da análise de critérios econômicos pode-se inferir que o valor inexpressivo da contratação não justifica despesas com a realização de uma licitação comum.⁷⁹

Dentre as hipóteses de dispensa em razão de situações excepcionais é relevante destacar a que diz respeito à ocorrência de guerra, que é o estado de beligerância entre dois ou mais países, cuja declaração é de competência do Presidente da República e a respectiva homologação é atribuição do Congresso Nacional; ou de grave perturbação da ordem, que diz respeito a comoção interna originada por atos humanos (rebelião, motins e greves gerais, por exemplo). Salienta-se que a dispensa é verificada para contratos relacionados com o evento.⁸⁰

Outra hipótese excepcional que permite a dispensa de licitação é a que trata de situação emergencial ou de calamidade pública, as quais se referem a casos de urgência. A calamidade pública normalmente decorre de fatos naturais, tais como inundações, colocando em risco a vida, a saúde ou os bens de determinados grupos sociais.⁸¹ Já a emergência diz respeito a casos urgentes que não configuram nem calamidade pública nem perturbação da ordem pública.

Os referidos contratos não admitem prorrogação e somente abrangem os bens necessários ao atendimento das situações emergenciais ou calamitosas, devendo as obras ou serviços ser concluídos no prazo máximo de 180 dias.⁸²

⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 288.

⁸⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010, p. 291.

⁸¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 255.

⁸² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 255.

A licitação deserta, que é aquela em que não há interessados em participar do processo licitatório, também justifica a dispensa de licitação, desde que a realização de novo procedimento seja prejudicial à Administração, e que, na contratação direta, sejam mantidas as condições constantes do instrumento convocatório.⁸³

Salienta-se que não há como confundir a licitação deserta com a fracassada, pois nesta existem interessados, mas nenhum deles são selecionados, em decorrência de inabilitação ou desclassificação, situação que não admite dispensa de licitação.⁸⁴

A contratação direta também é permitida em razão da pessoa que será contratada. Uma das hipóteses previstas na legislação é a contratação para aquisição por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública, abarcando somente a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, o que, por consequência, excluem de seu campo de incidência as empresas públicas e as sociedades de economia mista.⁸⁵

O dispositivo prevê, ainda, que o referido órgão ou entidade deve ser criado com a finalidade específica de fornecer bens ou serviços objeto do contrato e que o contratante e o contratado sejam do mesmo nível de governo, pois não será criado ente para fornecer bens ou prestar serviços para pessoas jurídicas de outra esfera de governo. O dispositivo dispõe também que o preço contratado deve ser compatível com o que é praticado no mercado.⁸⁶

A licitação é dispensável igualmente em razão da pessoa na hipótese de contratação de associação idônea de portadores de deficiência, sem fins lucrativos. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho menciona que:

“Pretendeu aqui o legislador atribuir à contratação aspecto de inegável fim social, permitindo que as referidas associações

⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. Ed. São Paulo: Atlas. 2014, p. 400.

⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. Ed. São Paulo: Atlas. 2014, p. 400.

⁸⁵ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos: teoria, prática e jurisprudência*. São Paulo: Atlas. 2001, p. 83.

⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. Ed. São Paulo: Atlas. 2014, p. 405.

prestem serviços ou forneçam mão de obra a órgãos administrativos. A despeito do objetivo filantrópico da contratação, no entanto, é necessário que o preço do ajuste seja compatível com o praticado no mercado, evitando-se, com isso, indevidos gastos a cargo do erário”.⁸⁷

Quanto ao presente tema é importante destacar, finalmente, a possibilidade de contratação sem licitação em razão do objeto. Dessa forma, a ausência de procedimento licitatório poderá ser verificada no caso de compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem sua escolha, devendo cumprir os requisitos de avaliação prévia e de compatibilidade do preço com aquele que é praticado no mercado.⁸⁸

O desatendimento do último requisito permite que se materialize a responsabilidade solidária do fornecedor e do servidor responsável, desde que a compra seja feita com superfaturamento (artigo 25, §2º da Lei de Licitações).⁸⁹

2.3. Licitação Inexigível

Primeiramente, é de extrema relevância destacar que, conforme o artigo art. 25, incisos I, II e III da Lei 8.666/93:

“Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

⁸⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 258.

⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. Ed. São Paulo: Atlas. 2014, p. 402.

⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. Ed. São Paulo: Atlas. 2014, p. 402.

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública”.⁹⁰

Pela leitura e análise do referido artigo, em especial no seu caput, pode-se concluir que um dos atributos que evidenciam a inexigibilidade de licitação dizem respeito ao rol exemplificativo do art. 25, ou seja, além das hipóteses descritas em seus incisos outras situações que impedem a competitividade ensejam a contratação direta.⁹¹

Assim, uma das noções elementares da licitação é a possibilidade de competição. Nesse sentido, o procedimento licitatório tem como finalidade o alcance da proposta mais vantajosa para a Administração. Dessa forma, a inexistência de competitividade em relação ao objeto impede a realização de licitação, o que permite inferir que a impossibilidade de competição é a característica basilar da inexigibilidade de licitação, conforme previsão do art. 25 da Lei 8.666/93.⁹²

Finalmente, salienta-se que a ausência dos pressupostos lógico, fático e jurídico, já abordados no presente trabalho, caracterizam a inexigibilidade de licitação.⁹³

2.3.1. Exclusividade de fornecedor

Inicialmente, destaca-se que ao mencionar a hipótese prevista no art. 25, inciso I da Lei de Licitações Hely Lopes Meirelles aborda que:

“A lei considera inexigível a licitação para a aquisição de materiais e, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor ou vendedor exclusivo, porque seria inútil licitar o que não é passível de competição de preço ou de qualidade”.⁹⁴

⁹⁰ BRASIL, *Lei 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.html>. Acesso em: 10 out. 2015.

⁹¹ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos: teoria, prática e jurisprudência*. São Paulo: Atlas. 2001, p. 97.

⁹² FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos: teoria, prática e jurisprudência*. São Paulo: Atlas. 2001, p. 87.

⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. Ainda a Inviabilidade de Competição para Contratação de Serviços Técnicos Profissionais Especializados. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 17, p. 2060, mai. 2003.

⁹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010, p. 296.

Nesse contexto, a exclusividade pode ser absoluta ou relativa. Na exclusividade absoluta só existe um produtor ou representante comercial no país; na relativa, a exclusividade é verificada apenas na praça em que vai haver a aquisição do bem.⁹⁵

A exclusividade absoluta denota, de pronto, a inexigibilidade de licitação, diferentemente do que ocorre com a relativa, onde a licitação será exigível ou inexigível na hipótese de existir ou não, na praça considerada, fornecedor, empresa ou representante comercial exclusivo, considerando o valor do contrato a ser firmado.⁹⁶

Nesse sentido, para a Administração, a exclusividade absoluta enseja a contratação direta independentemente do valor da contratação, já a relativa analisa a grandeza do valor do contrato para determinar a praça comercial, considerando a exclusividade na praça (na localidade), se o valor do contrato indicar o convite; no registro cadastral, se o montante do ajuste indicar a tomada de preços; no país, se o vulto da contratação indicar a concorrência.⁹⁷

Diogenes Gasparini menciona que “acertada a praça, a comprovação da exclusividade deve ser exigida pela Administração Pública beneficiada por dita circunstância. Essa prova deve ser feita por documento hábil, isto é, que dê certeza à alegada exclusividade”.⁹⁸

O inciso I, do art. 25 da Lei 8.666/93 dispõe, ainda, sobre a vedação à preferência de marca, permitindo que a exigência de contratação não seja preterida, o que ocorreria com a possibilidade de escolha de determinada marca.⁹⁹

⁹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 274.

⁹⁶ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 612.

⁹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010, p. 296.

⁹⁸ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 612.

⁹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 274.

2.3.2. Artista Consagrado

Antes de tratar da hipótese prevista no art. 25, inciso II, da Lei de Licitações é importante destacar o inciso III do mesmo artigo, “o qual possibilita a contratação direta de profissionais do setor artístico, consagrados pela crítica especializada ou pela opinião pública”.¹⁰⁰

José dos Santos Carvalho Filho afirma que “na verdade, a arte é personalíssima, não se podendo sujeitar a fatores objetivos de avaliação. A Administração, na hipótese, pode firmar diretamente o contrato”.¹⁰¹

Na presente hipótese, a consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública pode ser de âmbito local, regional ou nacional, a depender do valor do contrato.¹⁰²

Dessa forma, se o contrato estiver dentro do limite de convite, a crítica ou opinião pública serão locais; se o ajuste estiver dentro do limite da tomada de preços, serão regionais; se estiver dentro do limite de concorrência, serão nacionais.¹⁰³

Além do requisito da consagração, o objeto da contratação deve ser o serviço de um artista profissional (excluindo os artistas amadores) e a contratação precisa ser feita diretamente ou mediante empresário exclusivo.¹⁰⁴

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes ao abordar características dos referidos requisitos menciona que:

“Artista, nos termos da lei, é o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, por meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública. O profissional artista deve estar inscrito na Delegacia Regional do Trabalho, o mesmo ocorrendo com os agenciadores dessa mão de obra,

¹⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 359.

¹⁰¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 275.

¹⁰² GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 618.

¹⁰³ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 618.

¹⁰⁴ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Contratação Direta sem Licitação*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012, p. 638.

constituindo esse registro elemento indispensável à regularidade da contratação”.¹⁰⁵

Assim, além da inviabilidade de competição, os três requisitos acima apresentados devem estar presentes para caracterizar a inexigibilidade de licitação.

2.3.3. *Contratação de serviços técnicos, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização*

A presente hipótese está retratada no art. 25, II da Lei nº 8.666/93. O inciso em questão “veda a inexigibilidade de licitação para serviços de publicidade e divulgação”.¹⁰⁶ Isto pode provocar estranheza, na medida em que tais serviços já não são incluídos entre os serviços técnicos especializados do artigo 13, o que por si só é situação excludente da inexigibilidade; todavia, o legislador teve a intenção de emancipar a interpretação utilizada por algumas autoridades e aprovada por alguns Tribunais de Contas, quanto à inviabilidade de competição nesse tipo de serviço.¹⁰⁷

Hely Lopes Meirelles afirma que serviços técnicos profissionais especializados, no entendimento da doutrina:

“São aqueles prestados por quem, além da habilitação técnica e profissional – exigida para os serviços técnicos profissionais em geral -, aprofundou-se nos estudos, no exercício da profissão, na pesquisa científica, ou através de cursos de pós-graduação ou de estágios de aperfeiçoamento”.¹⁰⁸

Já o artigo 13 da Lei 8.666/93 ao disciplinar o assunto acima tratado prescreve que:

“Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:
I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
II - pareceres, perícias e avaliações em geral;

¹⁰⁵ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Contratação Direta sem Licitação*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012, p. 638.

¹⁰⁶ LIBRAÇÃO, Elisângela da. *Inexigibilidade de licitação*. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13820>. Acesso em: 10 out. 2015.

¹⁰⁷ FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 113.

¹⁰⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010, p. 297.

- III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico”.¹⁰⁹

Quando for possível a competição, os serviços técnicos profissionais especializados deverão ser contratados mediante a realização de procedimento licitatório na modalidade concurso, com fixação prévia de prêmio ou remuneração (art. 13, § 1º).¹¹⁰

Quanto à singularidade salienta-se que ela é primordial e que um serviço deve ser tratado como singular, nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório atendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de quem o executa, atributos, estes, que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa. É preciso que seu desempenho demande uma qualificação incomum. Nesse sentido, o componente subjetivo de quem contrata é ineliminável”.¹¹¹

Nesse sentido, há certos serviços “cuja especialização requerem aporte subjetivo, o toque do especialista, distinto de um para outro, o que o qualifica como singular”.¹¹²

Resumindo, a singularidade diz respeito à infungibilidade, que identifica um objeto único, ou seja, se a prestação é fungível, não se caracteriza a singularidade; diversamente, se é infungível, a singularidade está presente.¹¹³

¹⁰⁹ BRASIL, *Lei 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.html>. Acesso em: 11 out. 2015.

¹¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010, p. 298.

¹¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 201, p. 569.

¹¹² NIEBUHR, Joel de Menezes. Serviços técnicos profissionais especializados de natureza singular. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 94, p. 46, out. 2009.

¹¹³ ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Contratação de serviços técnicos especializados pela administração pública: contratação direta pela via da inexigibilidade de licitação: Análise da

Todavia, “o normal, e salvo situações muito raras, é que exista mais de um profissional ou empresa altamente qualificados em dado ramo ou setor de atividade, ensejando, portanto, opção por algum deles”.¹¹⁴

No que tange à notória especialização é importante destacar que se trata de um requisito para identificação das condições subjetivas do profissional a ser contratado. Relevante salientar que na presente hipótese (artigo 25, II), a impossibilidade de estabelecer critérios objetivos de julgamento acrescida da inexistência de disponibilidade dos profissionais capacitados em participar da licitação, impede o exercício de escolhas arbitrárias ou inapropriadas ao interesse público por parte da Administração. A seleção deverá ser fundada em critérios de notoriedade e especialização. Constata-se que há uma relação de confiança e o critério tende a ser baseado na oportunidade ou conveniência, eliminando qualquer escolha arbitrária. Ressalte-se que essa confiança deve resultar de parâmetros objetivos e não, por exemplo, de relações de amizade.¹¹⁵

O § 1º do artigo 25, da Lei 8.666/93, disciplina que:

“§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”.¹¹⁶

A lei acolheu, assim, as teses correntes na doutrina no sentido de que “a notória especialização traz, em seu bojo, uma singularidade subjetiva”¹¹⁷

Lei nº 8.666/93. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 7*, p. 23, mar. 2008.

¹¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015, p. 570.

¹¹⁵ LIBRAÇÃO, Elisângela da. *Inexigibilidade de licitação*. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13820>. Acesso em: 11 out. 2015.

¹¹⁶ BRASIL, *Lei 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.html>. Acesso em: 11 out. 2015.

¹¹⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. 3. ed. 1994, p. 66 apud MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010, p. 298.

e de que “o caso da notória especialização diz respeito a trabalho marcado por características individualizadoras”.¹¹⁸

No que se refere à hipótese estabelecida no art. 25, II da Lei 8.666/93, é importante destacar que o Tribunal de Contas da União se posicionou no sentido de que a contratação direta somente é possível quando se tratar de serviço de natureza singular e não for admitida a utilização de critérios objetivos de qualificação correspondentes ao certame na seleção do vencedor.¹¹⁹

Em virtude do que foi expresso, os requisitos do art. 25, II, da Lei 8.666/93 (serviços técnicos, natureza singular e profissional de notória especialização) são cumulativos, só ensejando inexigibilidade de licitação se estiverem presentes conjuntamente.

2.4. Reflexões sobre Contratação Direta

Hely Lopes Meirelles afirma que é obrigatória a motivação nas hipóteses de contratação direta, dispondo que:

“A dispensa e a inexigibilidade de licitação devem ser necessariamente justificadas e o respectivo processo deve ser instruído com elementos que demonstrem a caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; a razão da escolha do fornecedor do bem ou executante da obra ou do serviço; e a justificativa do preço. Com esses elementos, nos casos de dispensa de licitação para concessão de direito real de uso de bens imóveis para uso de outro órgão ou entidade da Administração Pública ou doação com encargo (art. 17, §§2º e 4º), assim como nas hipóteses dos incisos III e ss. Do art. 24, as inexigibilidades referidas no art. 25, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º, todos da Lei 8.666/1993, a comunicação à autoridade superior deverá ser feita em três dias para ratificação, e publicação na imprensa oficial no prazo de cinco dias, como condição de eficácia do ato, conforme dispõe o art. 26 da

¹¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Licitação*. São Paulo. 1980, p. 19 apud MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010, p. 298.

¹¹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 012.209/2009-3. Acórdão nº 1437-21/11-P - Plenário. Relator: CAMPELO, Valmir. Data da sessão: 01/06/2011. Publicado no DOU de 03/06/2011, p. 129 – Seção 1. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 11 out. 2015.

mesma lei, com as modificações introduzidas pela Lei 11.107, de 6.4.2005".¹²⁰

Dessa forma, verifica-se que a contratação direta só ocorrerá após a ratificação do superior, quando gerará efeitos.

Quanto aos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação é importante salientar, ainda, que se houver comprovação de superfaturamento, responderão solidariamente pelos danos provocados à Fazenda Pública o contratado e o agente público, sem prejuízo das outras sanções legais aplicáveis, conforme dispõe o §2º do art. 25, da Lei de Licitações.¹²¹

Em virtude de tudo o que foi mencionado, percebe-se que a Administração Pública é obrigada a realizar licitação para a contratação de um particular, o que não impede a contratação direta em situações excepcionais, devidamente autorizadas em lei.

¹²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010, p. 299.

¹²¹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 223.

3. ANÁLISE DOS REFLEXOS DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS, DE NATUREZA SINGULAR, PRESTADOS POR PROFISSIONAIS OU EMPRESAS DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO

3.1. Divergências acerca do requisito da singularidade como caracterizador da contratação direta

Um dos pressupostos utilizados para explicar a inexigibilidade de licitação na contratação de serviços técnicos prestados por profissionais de notória especialização diz respeito à natureza singular dos referidos serviços, que no entendimento de alguns doutrinadores inviabiliza qualquer tipo de competição e impede a adoção de critérios objetivos na contratação, em razão da natureza personalíssima do serviço.

Joel de Menezes Niebuhr, por exemplo, menciona que a natureza singular dos serviços a serem prestados pelo contratante impede a comparação objetiva entre eventuais licitantes, conforme adiante transcrito:

“Quer-se dizer que o fundamento para a inexigibilidade de licitação albergada no inciso II do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, referida como contratação de serviços técnicos profissionais especializados de natureza singular, reside na indeclinável subjetividade para comparar tais profissionais, que realizam seus préstimos com toque pessoal, de modo impregnado pela subjetividade, fruto de experiência profissional própria. A natureza singular reside na pessoalidade com que tais serviços são prestados, que impedem comparação objetiva, a única admissível em licitação pública”.¹²²

Apesar do que foi abordado, percebe-se que a subjetividade é inerente a qualquer serviço intelectual, como o que ora se analisa.

O fato do serviço ser singular não significa dizer que é o único existente,¹²³ ou seja, a competição é totalmente possível.

¹²² NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 189-190.

¹²³ NIEBUHR, Joel de Menezes. Serviços técnicos profissionais especializados de natureza singular. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 94, p. 47, out. 2009.

É perceptível, portanto, que os argumentos apresentados não estão aptos a ensejar a contratação direta, na medida em que absolutamente todos os licitantes prestam serviços ímpares, únicos.

Singularidade é característica inerente a todo ser humano, que sempre prestará serviços de forma diferente dos demais.

Salienta-se que “todos os serviços são singulares, na medida em que a necessária participação de um ser humano se reflete em características pessoais e inconfundíveis”.¹²⁴

Nesse sentido, Marçal Justen Filho faz ponderações a respeito do tema e sublinha que sob determinados ângulos “todo e qualquer serviço (mesmo os não caracterizáveis como técnicos-profissionais especializados) teria de ser reconhecido como comportando objeto singular”.¹²⁵ A seu ver “considerar a questão sob esse ângulo tornaria inútil a cláusula legislativa do art. 25, inc. II”.¹²⁶

Nessa linha, Adilson Abreu Dallari afirma que “o trabalho pode ser considerado singular quando depender das características pessoais do executante”.¹²⁷

Caso o critério da subjetividade fosse um obstáculo para o procedimento licitatório, não haveria licitação para nenhuma contratação derivada de serviços intelectuais, o que permitiria a contratação direta pela Administração Pública em todas as situações que ensejassem os referidos serviços.

Adilson Abreu Dallari ao abordar sobre os serviços técnicos especializados menciona que:

“Nem todo serviço técnico especializado enseja a pura e simples dispensa de licitação. Existem serviços que, não

¹²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Ainda a Inviabilidade de Competição para Contratação de Serviços Técnicos Profissionais Especializados. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 17, p. 2065, mai. 2003.

¹²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Ainda a Inviabilidade de Competição para Contratação de Serviços Técnicos Profissionais Especializados. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 17, p. 2065, mai. 2003.

¹²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Ainda a Inviabilidade de Competição para Contratação de Serviços Técnicos Profissionais Especializados. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 17, p. 2065, mai. 2003.

¹²⁷ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 50.

obstante requeiram acentuada habilitação técnica, podem ser realizados por uma pluralidade de profissionais ou empresas especializadas, indistintamente”.¹²⁸

Ainda que a singularidade dificulte a análise da melhor contratação para a Administração Pública, ela jamais impedirá a realização de procedimento licitatório apto a selecionar aquele licitante que tenha mais condições de prestar o serviço objeto do certame. Compete à Administração analisar as propostas de forma objetiva e escolher aquela que atenda aos seus interesses.

Conforme abordado, os serviços de caráter intelectual jamais deixarão de ser subjetivos, todavia é atribuição do legislador determinar que a Administração Pública utilize critérios objetivos para fazer a escolha do prestador de serviços.

Nesse sentido, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes salientou que “quando os órgãos de controle iniciam a análise pela caracterização do objeto, percebe-se quão supérfluas foram as características que tornaram tão singular o objeto, a ponto de inviabilizar a competição”.¹²⁹

Destaca-se, a título de exemplo, a seleção de profissionais feita pela Administração Pública por meio de concurso. Observa-se que cada profissional é único, considerado na sua individualidade, e que, apesar de tal fato, a Administração os escolhe para fazer parte de seu aparato estatal utilizando outras formas de compará-los, tal como a aferição de critérios objetivos consistentes no conhecimento de questões a eles apresentadas.

Ao se reportar à situação da mensuração da capacidade técnica, a atuação correta não deve referir-se aos serviços eminentemente subjetivos, mas a um conjunto de critérios objetivos referentes aos interessados que permitam avaliar sua capacidade técnica, admitindo a competição e uma escolha congruente da Administração Pública.

¹²⁸ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 50.

¹²⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 604.

A impossibilidade de se prever a perfeição de determinado trabalho caracteriza uma situação que impede a contratação sem a realização de licitação. A utilização de critérios objetivos para aferir a qualidade dos profissionais de notória especialização permite que a competitividade esteja presente e que a Administração possa escolher a melhor proposta.

É relevante destacar o entendimento de Marçal acerca dos princípios norteadores do procedimento licitatório, *in verbis*:

“A licitação consiste em um instrumento jurídico para afastar a arbitrariedade na seleção do contratante. Portanto, o ato convocatório deverá definir, de modo objetivo, as diferenças que são reputadas relevantes para a Administração”.¹³⁰

Por tudo aquilo que já foi abordado, verifica-se que não há impossibilidade de competição, de modo que não se torna legítima a utilização da subjetividade inerente a qualquer tipo de serviço como premissa impeditiva da realização de procedimento licitatório. É visível que outros serviços igualmente subjetivos observam as regras da licitação, razão pela qual não é correta a contratação direta somente dos serviços técnicos prestados por profissionais de notória especialização.

É necessário que essa realidade jurídica mude para que haja “a exigência de critérios seguros e objetivos, não de aparências, para que o homem projete sua vida. No direito, eis o que postula a certeza jurídica”.¹³¹

A justificativa apresentada por Marçal de que é possível vislumbrar previamente a singularidade do serviço não é coerente ao afirmar que “a dificuldade de se identificar a natureza singular de um certo serviço existe apenas para quem não dispõe de conhecimento mais profundo na área específica examinada”,¹³² tendo em vista que o questionamento não está baseado em definir, somente, se o serviço objeto do contrato é extremamente difícil ao ponto de ser considerado singular.

¹³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 59.

¹³¹ VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 92.

¹³² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 420.

O centro da questão diz respeito à realização de um procedimento capaz de assegurar igualdade de oportunidades a quem se interesse em prestar o serviço objeto do contrato e ao mesmo tempo oportunizar a melhor contratação para o Estado.

Tal situação beneficia o particular e, principalmente, a Administração, em virtude da concorrência, a qual permite a “redução dos preços e a elevação da qualidade das ofertas, o que se traduz em contratações mais vantajosas para a administração”.¹³³

Nesse contexto, não se mostra suficiente saber a dificuldade do serviço, é importante dar oportunidade a todos os interessados em participar do procedimento licitatório, não exclusivamente aos notórios especialistas. Somente após a licitação é possível escolher aquele que atende aos interesses da Administração, que se traduz no interesse da coletividade.

3.2. Impessoalidade na contratação de serviços por parte da Administração Pública

Inicialmente, se faz relevante destacar que Marçal ao abordar acerca de princípios norteadores do procedimento licitatório expôs que “a licitação consiste em um instrumento jurídico para afastar a arbitrariedade na seleção do contratante. Portanto, o ato convocatório deverá definir, de modo objetivo, as diferenças que são reputadas relevantes para a Administração”.¹³⁴

Outro argumento utilizado pelos defensores da inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços prestados por particulares de notória especialização está baseado na confiança depositada pelo administrador em relação ao prestador de serviços.

Marçal Justen Filho dispõe que “de modo genérico, a escolha da Administração deverá fundar-se num critério de confiança”.¹³⁵

¹³³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 60.

¹³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 59.

¹³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Ainda a Inviabilidade de Competição para Contratação de Serviços Técnicos Profissionais Especializados. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 17, p. 2071, mai. 2003.

Joel de Menezes Niebuhr argumenta que “o agente administrativo escolherá aquele em que deposita maior confiança, na medida em que o considera mais apto para satisfazer o interesse público do que outros, valendo aí os seus traços pessoais”,¹³⁶ o autor menciona, ainda, que “o grau de confiabilidade do agente administrativo no especialista é o fator determinante da contratação”.¹³⁷

Deste modo, o princípio da impessoalidade constante do art. 37 da Constituição Federal¹³⁸ é deixado de lado quando é permitido ao agente administrativo responsável pela contratação utilizar o critério da confiança para justificar a falta de licitação, uma vez que o referido agente atua em nome do órgão/entidade que tem a obrigação de realizar procedimento licitatório.

Celso Antônio Bandeira de Mello abordou em seu livro o conceito de órgãos, definindo que:

“Órgãos são unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado. Por se tratar, tal como o próprio Estado, de entidades reais, porém abstratas (seres de razão), não têm vontade nem ação, no sentido de vida psíquica ou anímica próprias, que, estas, só os seres biológicos podem possuí-las. De fato, os órgãos não passam de simples repartições de atribuições, e nada mais”.¹³⁹

Dessa forma, os órgãos não possuem vontade própria e, portanto, não compartilham sentimentos de emoção, como ocorre com os seres humanos, inclusive os que compõem o órgão. A confiança é um desses atributos emotivos, razão pela qual não é possível a sua utilização por órgãos desprovidos de vontade própria.

Salienta-se que a confiança se opõe ao princípio da impessoalidade. Nesse sentido, os indivíduos falam em nome da Administração Pública, por meio do órgão, o qual sintetiza as atribuições do Estado, ou seja, os órgãos expressam a vontade da Administração Pública.

¹³⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003. p.187.

¹³⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003. p.187.

¹³⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 22 jul. 2016.

¹³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015, p. 144.

Porém, essa vontade deve se expressar de forma compatível com a imparcialidade que rege a Administração Pública. Pelo exposto, percebe-se que os posicionamentos pessoais dos agentes que fazem parte do órgão ofendem o princípio da impessoalidade.

Resumindo, a confiança não é atributo conferido ao órgão, que não se confunde com as pessoas que o compõe. Tais pessoas não podem utilizar o aparato do Estado para basear suas escolhas em critérios velados de impessoalidade quando na verdade seus interesses pessoais que fundamentam as decisões da Administração Pública.

É possível verificar de forma incontroversa que se outros indivíduos compusessem a estrutura administrativa de determinada pessoa jurídica, a confiança atribuída a certos profissionais seria endereçada a outros, o que faz cair por terra a utilização de tal critério para dispensar a realização de licitação. A realidade é que um profissional pode ser considerado notório para algumas pessoas e para outras não.

O objetivo da licitação é selecionar os melhores profissionais, de forma desvinculada de quaisquer predileções pessoais das pessoas que compõem, momentaneamente, a estrutura administrativa do Estado, por meio de critérios objetivos e alicerçados no interesse da coletividade.

Os integrantes de função pública jamais falam em nome próprio, mas atuam em favor do órgão do qual fazem parte, na mesma medida que o órgão é desprovido de características humanas.

Eros Roberto Grau esclarece:

“Por certo, pode a Administração depositar *confiança* em mais de um profissional ou empresa dotado de notória especialização relativamente à prestação de serviço técnico-profissional especializado, singular, mesmo porque, detendo notória especialização, todos eles são virtualmente merecedores de confiança”.¹⁴⁰

¹⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. *Licitação e contrato administrativo* (estudos sobre a interpretação da lei), p. 74-75 apud NIEBUHR, Joel de Menezes. Serviços técnicos profissionais especializados de natureza singular. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 94, p. 49, out. 2009.

Nesse sentido, o posicionamento mostra ainda mais a fragilidade dos argumentos de que a confiança deve ensejar a contratação direta de profissionais especializados.

3.3. Impossibilidade de previsão antecipada de que se trata de contratação vantajosa

Em primeiro lugar, menciona-se que somente o procedimento licitatório é capaz de possibilitar conclusões acerca de quem será o prestador de serviços mais apropriado em cada situação, pois é dessa forma que se torna factível uma comparação entre os atributos objetivos dos referidos prestadores.

Marçal Justen Filho aborda que “como regra, a proposta que apresentar a melhor relação custo-benefício será a mais vantajosa. Em outras palavras, a proposta que apresentar as maiores vantagens e os menores encargos para o Estado deverá ser escolhida”.¹⁴¹

Nesse sentido, cada profissional possibilita a adoção de uma “proposta de solução” distinta para as necessidades da Administração Pública, o que torna impossível prever antecipadamente qual a melhor solução para a demanda.¹⁴² Tal situação corrobora o entendimento de que somente a realização de licitação permitirá selecionar a proposta mais adequada aos interesses da Administração.

Segundo Fernando José Gonçalves “é impossível a mensuração objetiva e precisa da notória especialização em termos quantitativos”,¹⁴³ justamente para isso que serve a licitação.

Marçal Justen Filho admite a ocorrência de irregularidades mesmo com a realização de licitação, mencionando que:

¹⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 340.

¹⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. Ainda a Inviabilidade de Competição para Contratação de Serviços Técnicos Profissionais Especializados. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 17, p. 2063, mai. 2003.

¹⁴³ ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Contratação de serviços técnicos especializados pela administração pública: contratação direta pela via da inexigibilidade de licitação: Análise da Lei nº 8.666/93. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 7, p. 24, mar. 2008.

“Na ânsia de evitar omitir regras necessárias, a Administração transforma os editais em amontoados de exigências inúteis, com formalismos desarrazoados e requisitos meramente ritualísticos. Muitas vezes, os editais parecem retratar a intenção de garantir para a Administração, por via oculta e indireta, o poder de decidir arbitrariamente, a faculdade de excluir imotivadamente os licitantes incômodos ou antipáticos. Isso é um despropósito, eis que a atividade administrativa do Estado tem de nortear-se pelos princípios constitucionais próprios”.¹⁴⁴

Se os referidos desvios são verificados em procedimentos licitatórios quanto mais em hipóteses que permitem a contratação direta, em que, muitas vezes, as escolhas são baseadas na ampla discricionariedade do administrador.

Dessa forma, é o procedimento licitatório o meio mais adequado para a Administração Pública proteger suas pretensões. Nesse aspecto, somente por meio da realização de licitação é possível a verificação de diferenças técnicas entre os competidores.

De acordo com Marçal, “a viabilidade de competição não pode ser avaliada apenas em face da necessidade estatal, mas também depende da verificação do mercado”.¹⁴⁵

Nesse sentido, não é coerente exigir que o administrador público tenha uma noção ampla do mercado e que, em virtude disso, possa inexigir a licitação convencido de que a contratação é indubitavelmente a melhor escolha.

Conforme mencionado, é impossível ao administrador ter pleno conhecimento do atual mercado de trabalho, até porque são inúmeros os profissionais existentes, os quais se aperfeiçoam constantemente. Não se pode admitir que a sua escolha, feita a partir de uma leitura parcial desse cenário, será a melhor para o interesse público.

No que tange ao aspecto econômico, a contratação direta é desvantajosa, pois reclama um alto valor monetário. Tal fato ocorre porque ao

¹⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 608.

¹⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 420.

não realizar licitação elimina-se um processo de competição que elevaria a qualidade das ofertas e, de forma simultânea, diminuiria os gastos do erário.¹⁴⁶

O princípio indisponibilidade do interesse público, que abarca a escolha da proposta mais vantajosa no que se refere ao aspecto da economicidade, fica enfraquecido, tendo em vista que a Administração Pública deverá arcar com maiores custos ao contratar um particular diretamente em prejuízo do procedimento licitatório. Nesse sentido, os gastos com a realização de licitação seriam compensados pelo aumento na qualidade das ofertas durante eventual contratação ao mesmo tempo em que a prestação dos serviços ocorreria com qualidade superior.

O objetivo da licitação é o de obter o melhor serviço com o menor gasto possível, ou seja, o binômio qualidade-custo é o propósito buscado pela Administração Pública.

Em muitos momentos é visível que a Administração dá preferência para a qualidade quando realiza a contratação direta, optando por pagar muito mais por um serviço que considera melhor. Não restam dúvidas que a qualidade deve ser buscada, mas não há como desvinculá-la da economicidade. O verdadeiro interesse público está associado ao referido binômio.

O elevado dispêndio público é certo com a contratação direta de um profissional de serviço técnico de notória especialização, já a sua singular contribuição é incerta e anti-isonômica, pois infere que seu concorrente não é capaz de prestar um serviço de semelhante nível profissional.

3.4. Competitividade como materialização de uma escolha objetiva para evitar a discricionariedade do administrador

Inicialmente, salienta-se que a competitividade permite escolhas objetivas, pois o administrador vincula-se ao instrumento convocatório.

Nesse sentido Joel de Menezes Niebuhr admite que “a inexigibilidade depende da subjetividade dos critérios para a aferição do

¹⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 60.

contratado, isto é, no final das contas baseia-se na discricionariedade dos agentes administrativos”.¹⁴⁷ Podemos concluir, portanto, que o administrador poderia escolher arbitrariamente o “melhor profissional”, ato totalmente reprovável.

O autor argumenta, ainda, que “o critério determinante é a livre vontade do julgador. Vale aquilo que aprecia o julgador e ponto final, sem que se possa cogitar de igualdade ao menos num plano objetivo, que se pretende aportar com a licitação pública”.¹⁴⁸

Dessa forma, é salutar perceber que o interesse da coletividade deve ser a base da escolha do possível contratado, pois caso não seja a realidade, o princípio da indisponibilidade do interesse público não terá valor nenhum.

Destaca-se que segundo Joel de Menezes Niebuhr “a inexigibilidade ocorre mesmo que existam vários especialistas aptos a prestarem o serviço pretendido pela Administração”,¹⁴⁹ o que viola frontalmente o princípio da competitividade.

Para corroborar o entendimento de que a inexigibilidade prevista no art. 25, II da Lei 8.666/93 torna efetiva a figura da discricionariedade do eventual contratante é importante mencionar as lições de Fernando José Gonçalves Acunha, o qual prevê que “a notória especialização é um desses institutos jurídicos cuja definição não é tarefa simples. Um conceito jurídico indeterminado, para alguns; uma noção jurídica, nas palavras de Eros Roberto Grau (2002)”.¹⁵⁰

Ainda a respeito de apontamentos descritos por Fernando José Gonçalves Acunha, destaca-se que:

¹⁴⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. Serviços técnicos profissionais especializados de natureza singular. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 94, p. 48, out. 2009.

¹⁴⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. Serviços técnicos profissionais especializados de natureza singular. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 94, p. 47, out. 2009.

¹⁴⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. Serviços técnicos profissionais especializados de natureza singular. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 94, p. 48, out. 2009.

¹⁵⁰ ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Contratação de serviços técnicos especializados pela administração pública: contratação direta pela via da inexigibilidade de licitação: Análise da Lei nº 8.666/93. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 7, p. 22, mar. 2008.

“A qualificação da notória especialização é necessária para que se possa justificar o porquê de a Administração, em geral dotada de quadro próprio de profissionais, demandar atendimento de uma certa necessidade por prestador estranho a seus quadros. Sua caracterização se dá através da comprovação de uma aptidão excepcional (faticamente apreciável) do profissional que se pretenda contratar para cuidar da demanda, não se confundindo, contudo, com exclusividade dessa aptidão”.¹⁵¹

Se é faticamente apreciável, é possível a análise por licitação. Somente através do chamamento será possível concluir quem tem interesse em ser contratado pela Administração.

Na contratação de serviços técnicos profissionais especializados de natureza singular podem haver várias pessoas capazes de prestar o serviço pretendido pela Administração Pública, no entanto faltam critérios objetivos para aferir aquela pessoa (física ou jurídica) que mais se adequa aos interesses do administrador, fazendo cair por terra a competitividade em razão do grau de subjetividade inerente ao processo.¹⁵²

De acordo com Joel de Menezes Niebuhr, na hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no art. 25, II, da Lei 8.666/93 várias pessoas possuem a técnica pretendida pela Administração, no entanto cada uma a realiza com traço subjetivo, de modo que, a seu ver, faltam critérios objetivos para mensurar o que é melhor para a Administração.¹⁵³

O questionamento que fica é o seguinte: se faltam critérios objetivos para vislumbrar qual será o melhor contratante, a contratação direta permite a escolha daquele que seria o mais adequado? A resposta só pode ser negativa, na medida em que a licitação, a qual materializa o princípio da competitividade, é que possibilita esse tipo de análise.

Outro ponto a ser destacado diz respeito à subjetividade, que se reporta aos serviços prestados pelos profissionais ou empresas de notória especialização e não aos critérios a serem mensurados pela Administração na

¹⁵¹ ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Contratação de serviços técnicos especializados pela administração pública: contratação direta pela via da inexigibilidade de licitação: Análise da Lei nº 8.666/93. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 7, p. 27, mar. 2008.

¹⁵² NIEBUHR, Joel de Menezes. Serviços técnicos profissionais especializados de natureza singular. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 94, p. 45, out. 2009.

¹⁵³ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 185.

escolha do profissional mais adequado. Pelo exposto, percebe-se que a licitação é necessária, pois quanto maior a competitividade, maior a tendência de uma contratação proveitosa.

Ao comentar sobre o procedimento licitatório, Joel Menezes Niebuhr preleciona que:

“Ora, a licitação serve para tratar com igualdade os possíveis interessados nos contratos da Administração Pública. Para tratá-los com igualdade e, em virtude disso, para que seja minimamente útil a licitação pública, é essencial que se anteveja critérios objetivos para comparar um a outro. Se o critério é subjetivo então os interessados não são tratados com igualdade, dado que a disputa vai se resolver pelo sabor do julgador. Nesses casos, o interessado preterido não tem em que se amparar para exigir tratamento igualitário, mormente porque, insista-se, o critério determinante é a livre vontade do julgador. Vale aquilo que aprecia o julgador e ponto final, sem que se possa cogitar de igualdade, ao menos num plano objetivo, que se pretende aportar com a licitação pública. Se os serviços versados no inciso II do art. 25 da Lei 8.666/93 são prestados com características subjetivas, por dedução cartesiana, são julgados de modo subjetivo, afastando realmente a objetividade, com ela, a competitividade e, enfim a licitação pública, fundamentando a inexigibilidade”.¹⁵⁴

Apesar do que foi mencionado, não se mostra razoável a resolução de contratação pela livre vontade do legislador, dando suporte a qualquer tipo de arbitrariedade, o que se mostra extremamente prejudicial e contrário ao interesse público.

Pelo exposto, vislumbra-se a necessidade de adoção de critérios objetivos, de modo que a isonomia entre os licitantes seja alcançada. É certo que existem serviços técnicos prestados por seres humanos, ou seja, considerados subjetivamente peculiares, em que se admite a realização de licitação. Neste caso não se mostra adequada a diferenciação em relação aos serviços técnicos, de natureza singular, prestados por profissionais de notória especialização, mediante o argumento de que é impossível a comparação entre eles e, portanto, inviável qualquer tipo de competição.

¹⁵⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 185

3.5. Ausência de licitação para notórios especialistas

Outra justificativa apontada por quem defende a contratação direta dos serviços técnicos prestados por profissionais de notória especialização diz respeito a eventual desinteresse de especialistas notórios em participar de procedimento licitatório.

Acerca da argumentação abordada para a contratação direta, Joel de Menezes Niebuhr menciona que:

“Além da irremediável subjetividade para a seleção do especialista a ser contratado pela Administração, convém ressaltar que, em muitos casos, mesmo que se insistisse em realizar a licitação pública, os especialistas altamente qualificados não se disporem a participar do certame, pelo que se supõe justificar a inexigibilidade. Ora, como os especialistas realmente afamados não se interessam por disputar abertamente contratos, dado o nível de notoriedade que logram, se a Administração pretender contratar um deles, a licitação pública não se revelará um meio hábil. É que eles não procuram clientes, mas os clientes é que os procuram. Portanto, se a Administração quiser ser um dos clientes, que os procurem, por eles não a procurarão e, tampouco – o que é ainda mais remoto – se disporem a participar de licitação pública, disputar contrato”.¹⁵⁵

Marçal vai de encontro ao pensamento de Joel de Menezes, refletindo que esses “particulares em condições de satisfazer a necessidade da Administração Pública não se disporem a participar de uma competição de natureza licitatória”.¹⁵⁶

Contrariamente ao seu próprio entendimento, Joel de Menezes Niebuhr afirma que “seria necessário abrir a disputa para saber se realmente os notórios especialistas se disporem ou não a participar do procedimento licitatório”.¹⁵⁷

As justificativas são frágeis, na medida em que visam possibilitar a contratação direta, fruto do egocentrismo de profissionais técnicos e especializados.

¹⁵⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 187-188.

¹⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 60.

¹⁵⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. Serviços técnicos profissionais especializados de natureza singular. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 94, p. 50, out. 2009.

A realidade é que a Administração Pública não tem por objetivo agradar os particulares com quem contrata. A sua finalidade é permitir a igualdade de condições aos administrados, garantindo a isonomia entre eles.

Dessa forma, não é legítima a argumentação de que a indisposição de renomados especialistas é justificativa plausível para justificar a falta de licitação. A afirmativa baseia-se em critério totalmente imparcial para selecionar o particular em condições de satisfazer as necessidades da Administração Pública, sob a fundamentação de que tais profissionais não procuram clientes, mas os clientes é que os procuram.¹⁵⁸

Tais profissionais, ainda que tenham alto grau de especialização, devem ser submetidos às mesmas regras que os outros profissionais – igualmente qualificados – passam. A lei deve valer para todos, independentemente dos poderes financeiro, social ou político.

A realidade demonstra que os especialistas de renome não procuram fazer parte do procedimento licitatório porque quando um serviço é extremamente necessário e é considerado técnico especializado, os notórios especialistas são contratados diretamente por algum administrador.

A partir do momento em que se proporcionar a concorrência para tais profissionais, mediante uma lei capaz de obrigar a realização de um certame isonômico, certamente haverá demanda para preenchimento das vagas oferecidas.

Salienta-se que é impossível prever o contratante que mais atenda o interesse público entre todos os que se propõem a participar do certame, somente a licitação permite a certeza a respeito.

Admite-se que nem todos os profissionais considerados como notoriamente especializados participarão da licitação, mas não existem dúvidas quanto à diversidade de concorrentes cuja capacidade permite uma contratação extremamente vantajosa para a Administração.

As possibilidades de atrair os profissionais notoriamente especializados ao procedimento licitatório são reais. Salienta-se, ainda, que a

¹⁵⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 187-188.

justificativa para não se proceder à licitação afastam os princípios que a regem, como define Celso Antônio Bandeira de Mello ao abordar que “o princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar a oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados”.¹⁵⁹

3.6. Análise Jurisprudencial

Mostraremos alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal acerca da inexigibilidade de licitação para a contratação de profissionais ou empresas de notória especialização, de modo a compreender o posicionamento de cada um sobre o tema.

3.6.1. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem debatido questões envolvendo a contratação direta de profissionais notoriamente especializados, com o entendimento oposto ao apresentado no presente trabalho.

A observância de votos atuais permite o entendimento de que há uma oscilação no entendimento dos magistrados a respeito do tema, em especial pela subjetividade do instituto.

Tal fato provoca inevitavelmente insegurança jurídica aos destinatários da norma, o que causa enfraquecimento da credibilidade do Poder Judiciário.

No REsp 1377703/GO, o Superior Tribunal de Justiça condenou por improbidade administrativa dois escritórios de advocacia que firmaram contrato com o Estado de Goiás sem qualquer procedimento licitatório.

Salienta-se que o êxito da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público de Goiás se deu em virtude do pedido de vista do ministro

¹⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015, p. 546-547.

Herman Benjamin, o qual proferiu voto divergente ao da relatora, a ministra Eliana Calmon.

A ministra Eliana Calmon julgou lícita a conduta das partes, assim como o magistrado de 1º grau e os desembargadores do Tribunal de Justiça de Goiás. É relevante destacar os tópicos da ementa do acórdão do STJ, adiante transcrita:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SERVIÇO SINGULAR PRESTADO POR PROFISSIONAIS DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO.

[...]

CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS (JURÍDICOS) E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

6. De acordo com o disposto nos arts. 13 e 25 da Lei 8.666/1993, a regra é que o patrocínio ou a defesa de causas judiciais ou administrativas, que caracterizam serviço técnico profissional especializado, devem ser contratados mediante concurso, com estipulação prévia do prêmio ou remuneração. Em caráter excepcional, verificável quando a atividade for de natureza singular e o profissional ou empresa possuir notória especialização, não será exigida a licitação.

7. Como a inexigibilidade é medida de exceção, deve ser interpretada restritivamente.

AUSÊNCIA DE SINGULARIDADE DO SERVIÇO CONTRATADO

8. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem julgou improcedente o pedido com base na seguinte premissa, estritamente jurídica: nas causas de grande repercussão econômica, a simples instauração de processo administrativo em que seja apurada a especialização do profissional contratado é suficiente para justificar a inexigibilidade da licitação.

9. A violação da legislação federal decorre da diminuta (para não dizer inexistente) importância atribuída ao critério verdadeiramente essencial que deve ser utilizado para justificar a inexigibilidade da licitação, isto é, a comprovação da singularidade do serviço a ser contratado.

10. Ora, todo e qualquer ramo do Direito, por razões didáticas, é especializado. Nos termos abstratos definidos no acórdão recorrido, qualquer escritório profissional com atuação no Direito Civil ou no Direito Internacional, por exemplo, poderia ser considerado especializado.

11. Deveria o órgão julgador, por exemplo, indicar: a) em que medida a discussão quanto à responsabilidade tributária solidária, no Direito Previdenciário, possui disciplina complexa e específica; e b) a singularidade no modo de prestação de seus serviços – apta a, concretamente, justificar com razoabilidade de que modo seria inviável a competição com outros profissionais igualmente especializados.

12. É justamente nesse ponto que se torna mais flagrante a infringência à legislação federal, pois o acórdão hostilizado não traz qualquer característica que evidencie a singularidade no serviço prestado pelas sociedades de advogados contratadas, ou seja, o que as diferencia de outros profissionais a ponto de justificar efetivamente a inexigibilidade do concurso.

13. Correto, portanto, o Parquet ao afirmar que "Há serviços que são considerados técnicos, mas constituem atividades comuns, corriqueiras, sem complexidade, ainda que concernentes à determinada área de interesse. Assim, nem todo serviço jurídico é necessariamente singular para efeito de inexigibilidade de licitação". Friso uma vez mais: não há singularidade na contratação de escritório de advocacia com a finalidade de ajuizar Ação de Repetição de Indébito Tributário, apresentar defesa judicial ou administrativa destinada a excluir a cobrança de tributos, ou, ainda, prestar de forma generalizada assessoria jurídica.

14. É pouco crível que, na própria capital do Estado de Goiás, inexistam outros escritórios igualmente especializados na atuação acima referida.

15. O STJ possui entendimento de que viola o disposto no art. 25 da Lei 8.666/1993 a contratação de advogado quando não caracterizada a singularidade na prestação do serviço e a inviabilidade da competição. Precedentes: REsp 1.210.756/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 14/12/2010; REsp 436.869/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJ 01/02/2006, p. 477.

ILEGALIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL DE REMUNERAÇÃO

16. Merece destaque, ainda, a informação de que os contratos contêm cláusulas que preveem a remuneração estipulada em percentual sobre os tributos cuja cobrança a contratante Celg consiga anular ou, em outras bases, cuja restituição seja reconhecida judicialmente (disposições que verdadeiramente transformam o escritório em sócio do Erário).

17. A licitude dessa modalidade específica de remuneração requer valoração individual, pois somente a ponderação das circunstâncias de cada caso é que poderá evidenciar a afronta aos princípios da Administração.

18. Relembre-se que, conforme Memorial do Estado de Goiás, o contratado Luiz Silveira Advocacia Empresarial S/C já ajuizou Execução dos honorários para pleitear o pagamento de R\$ 54.000.000,00 (cinquenta e quatro milhões de reais). O elevadíssimo valor em cobrança – não estou aqui a discutir se os serviços foram ou não prestados –, acrescido das ponderações acima, somente corrobora o quão prejudicial para a Administração Pública foi a contratação dos serviços sem a observância à instauração do procedimento licitatório.

(omissis)

DISCIPLINA CONSTITUCIONAL

23. De acordo com o exposto, a contratação de escritórios profissionais de advocacia sem a demonstração concreta das hipóteses de inexigibilidade de licitação (singularidade do serviço e notória especialização do prestador), acrescida da inserção de cláusulas que transformam o prestador de serviço

em sócio do Estado, negam aplicação ao art. 37, caput, e inciso XXI, da CF/1988.

DISPOSITIVO DO VOTO-VISTA

24. Com as homenagens devidas à eminente Relatora, sempre brilhante, conheço e dou provimento ao Recurso Especial para reconhecer a violação dos arts. 13 e 25 da Lei 8.666/1993 e do art. 11 da Lei 8.429/1992 e enquadrar a conduta dos recorridos em ato de improbidade por ofensa do dever de legalidade e atentado aos princípios da Administração Pública. Determino o retorno dos autos ao egrégio Tribunal de origem para que sejam fixadas as penas, assim como as verbas de sucumbência. (REsp 1377703/GO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/12/2013, DJe 12/03/2014).¹⁶⁰

Para demonstrar a divergência de entendimentos é relevante fazer referência a trechos do voto. O acórdão mencionou a sentença da seguinte forma:

“Através dos Pareceres Jurídicos nºs: 090/2002 (fls. 34/36), 055/2003 (fls. 484/489) e 062/2003 (fls. 490/495), a Superintendência Jurídica da CELG expressou confiança na contratação das firmas Carneiro e Nogueira Advogados Associados e Luiz Silveira Advocacia Empresarial S/C, quer por suas notórias especializações, quer por restar comprovada experiência em causas de natureza pretendida, conforme restou demonstrado na farta documentação colacionada aos autos”.¹⁶¹

O magistrado de primeiro grau conferiu de forma inequívoca à Superintendência Jurídica da CELG, órgão que compõe a pessoa jurídica em comento, atributos de pessoalidade, em violação ao princípio da impessoalidade constante do art. 37 da Constituição Federal.¹⁶² O juiz argumentou que o órgão “expressou confiança na contratação” das empresas.

¹⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1377703/GO. Segunda Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás. Recorrido: Luiz Oliveira da Silveira Filho e Outros. Relator(a): Eliana Calmon. Brasília, 03 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1247148&sReg=201103059875&sData=20140312&formato=PDF>. Acesso em 11 ago. 2016.

¹⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1377703/GO. Segunda Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás. Recorrido: Luiz Oliveira da Silveira Filho e Outros. Relator(a): Eliana Calmon. Brasília, 03 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1247148&sReg=201103059875&sData=20140312&formato=PDF>. Acesso em 11 ago. 2016.

¹⁶² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 11 ago. 2016.

No entanto, conforme já salientado no presente trabalho, o órgão, que é unidade básica da Administração Pública, não possui atributos vinculados à emoção. A confiança é exemplo de tal atributo. Nesse contexto, os indivíduos atuam em nome da Administração Pública e não em nome próprio.

A teoria do órgão, a qual propõe que toda atuação do agente público deve ser imputada à pessoa jurídica que ele representa e não à sua pessoa, foi expressada de maneira superficial, pois a Superintendência Jurídica da CELG decidiu com base nos atributos pessoais das pessoas que a compõe.

Somente a nomenclatura dada ao setor responsável pela tomada de decisão foi baseada na teoria do órgão, todavia os atributos desse órgão foram desvirtuados pela atuação humana, que se deu de forma pessoal.

A superficialidade da adoção da teoria do órgão ficou evidenciada quando o magistrado de 1º grau mencionou na sentença que o “requisito subjetivo da confiança” foi determinante para declarar a inexigibilidade de licitação, afrontando o princípio da impessoalidade.

O Tribunal de Justiça de Goiás, conforme relatado no acórdão do STJ, julgou em consonância com o magistrado *a quo*, entendendo pela improcedência da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público de Goiás, como pode-se verificar pela transcrição do seguinte trecho:

“Aliado a isso, tem-se as seguintes informações: inexistência no quadro jurídico da Celg de profissionais especializados na área previdenciária (f. 39), o valor vultoso dos processos relacionados, superior a R\$ 20.146.000,00 (fl. 40) e as notícias de reiterados sucessos em processos semelhantes prestados pelo escritório contratado (fls. 56/64)”.¹⁶³

Percebe-se que as motivações do TJ/GO são frágeis, pois: I - A inexistência de profissionais no âmbito da Administração Pública não é um obstáculo à realização da licitação, na verdade é requisito para sua efetivação. Caso a Administração tenha meios para realizar seu múnus público sem a necessidade de contratar particulares, assim deverá fazer; II - A vultosidade do

¹⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1377703/GO. Segunda Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás. Recorrido: Luiz Oliveira da Silveira Filho e Outros. Relator(a): Eliana Calmon. Brasília, 03 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1247148&sReg=201103059875&sData=20140312&formato=PDF>. Acesso em 11 ago. 2016.

valor envolvido não é condição para impedir a licitação, a competitividade deve estar presente. Contrariamente, o alto risco ao erário demonstra que a cautela materializada na realização de procedimento licitatório com critérios objetivos é extremamente necessária. Salienta-se que a licitação é prescindível, de acordo com o art. 24, inciso I da Lei 8666/93, quando o valor é baixo, não o contrário; III – Finalmente, o último critério utilizado para justificar a contratação direta consubstanciou-se nas notícias de reiterados sucessos em processos semelhantes prestados pelo escritório contratado. Todavia, o êxito profissional de um prestador de serviços não é fundamento ensejador da inviabilidade de competição.

Dessa forma, qualquer requisito que discrimina os demais profissionais viola os princípios da impessoalidade, da igualdade/isonomia e da competitividade e deve ser abolido, afinal os outros prestadores de serviços podem ser vitoriosos. Ou seja, não há inviabilidade de competição somente pelo fato de determinado escritório ter sido vencedor na maioria das causas passadas.

O Ministro Herman Benjamin finalizou seu voto concluindo que:

“De acordo com as ponderações acima, a contratação de escritórios profissionais de advocacia sem a demonstração concreta das hipóteses de inexigibilidade de licitação (singularidade do serviço e notória especialização do prestador), acrescida da inserção de cláusulas que transformam o prestador de serviço em sócio do Estado, implica transgressão aos princípios da legalidade e da moralidade, além da obrigatoriedade, em regra, da licitação para contratação de obras, serviços, compras e alienações por parte da Administração Pública (art. 37, caput, e inciso XXI, da CF/1988)”.¹⁶⁴

Contrariamente ao julgado já descrito foi o entendimento do STJ no REsp 1192332/RS, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, conforme abaixo ementado:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS

¹⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1377703/GO. Segunda Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás. Recorrido: Luiz Oliveira da Silveira Filho e Outros. Relator(a): Eliana Calmon. Brasília, 03 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1247148&sReg=201103059875&sData=20140312&formato=PDF>. Acesso em 11 ago. 2016.

ADVOCATÍCIOS COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART. 17 DA LIA. ART. 295, V DO CPC. ART. 178 DO CC/16. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ARTS. 13 E 25 DA LEI 8.666/93. REQUISITOS DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SINGULARIDADE DO SERVIÇO. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR NA ESCOLHA DO MELHOR PROFISSIONAL, DESDE QUE PRESENTE O INTERESSE PÚBLICO E INOCORRENTE O DESVIO DE PODER, AFILHADISMO OU COMPADRIO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(omissis)

3. Depreende-se, da leitura dos arts. 13 e 25 da Lei 8.666/93 que, para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13, com inexigibilidade de licitação, imprescindível a presença dos requisitos de natureza singular do serviço prestado, inviabilidade de competição e notória especialização.

4. É impossível aferir, mediante processo licitatório, o trabalho intelectual do Advogado, pois trata-se de prestação de serviços de natureza personalíssima e singular, mostrando-se patente a inviabilidade de competição.

5. A singularidade dos serviços prestados pelo Advogado consiste em seus conhecimentos individuais, estando ligada à sua capacitação profissional, sendo, dessa forma, inviável escolher o melhor profissional, para prestar serviço de natureza intelectual, por meio de licitação, pois tal mensuração não se funda em critérios objetivos (como o menor preço).

6. Diante da natureza intelectual e singular dos serviços de assessoria jurídica, fincados, principalmente, na relação de confiança, é lícito ao administrador, desde que movido pelo interesse público, utilizar da discricionariedade, que lhe foi conferida pela lei, para a escolha do melhor profissional.

7. Recurso Especial a que se dá provimento para julgar improcedentes os pedidos da inicial, em razão da inexistência de improbidade administrativa. (REsp 1192332/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 19/12/2013)¹⁶⁵.

O juiz de 1º grau condenou as partes envolvidas por improbidade administrativa, em virtude da ilegalidade em se contratar diretamente por inexigibilidade de licitação, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ratificou o entendimento proferido na sentença. Após, em recurso para o STJ, a primeira turma julgou em sentido oposto, absolvendo os réus.

¹⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1192332/RS. Primeira Turma. Recorrente: Élbio de Mendonça Senna. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator(a): Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 12 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1278654&sReg=201000806673&sData=20131219&formato=PDF>. Acesso em 13 ago. 2016.

Dentre as razões de decidir do magistrado que proferiu a sentença, o trecho adiante transcrito confirma os argumentos apresentados de que o administrador público não pode prever antecipadamente acerca da contratação mais vantajosa. O juiz afirmou que “é possível que o currículo de Élbio seja o da pessoa mais indicada para atender ao objeto do contrato. No entanto, é inviável que se chegue a tal conclusão sem a possibilidade de comparar com outros currículos, como aconteceu”.¹⁶⁶

Em virtude do que foi exposto, verifica-se que as decisões são conflitantes, no entanto é perceptível que o Superior Tribunal de Justiça vem validando a aplicação do instituto da inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos prestados por profissionais notoriamente especializados.

3.6.2. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O STF (Supremo Tribunal Federal) tem entendido que a utilização do instituto da inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos prestados por profissionais notoriamente especializados não afronta a Constituição.

De acordo com a Suprema Corte, o descumprimento das normas de licitação provoca uma afronta indireta ao texto da Constituição, pois deriva do desrespeito à norma infraconstitucional e, apenas pela via reflexa, pode-se verificar infração à Carta Magna.

Apesar de decisões que reconhecem a violação indireta à Constituição, ensejando a ilegitimidade do STF na análise de casos concretos sobre o tema, o Supremo, por vezes, adentra ao mérito do direito administrativo da licitação e reconhece a legalidade da inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos profissionais especializados. Nesta análise utilizam justificativas semelhantes às apresentadas pela doutrina, as quais já

¹⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1192332/RS. Primeira Turma. Recorrente: Élbio de Mendonça Senna. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator(a): Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 12 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1278654&sReg=201000806673&sData=20131219&formato=PDF>. Acesso em 13 ago. 2016.

foram apresentadas no decorrer do trabalho e devidamente debatidas. Nesse aspecto, é relevante transcrever ementas de decisões/acórdãos que demonstram tais argumentos:

“EMENTA Penal e Processual Penal. Inquérito. Parlamentar federal. Denúncia oferecida. Artigo 89, caput e parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. Artigo 41 do CPP. Não conformidade entre os fatos descritos na exordial acusatória e o tipo previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93. Ausência de justa causa. Rejeição da denúncia. [...]

2. As imputações feitas aos dois primeiros denunciados na denúncia, foram de, na condição de prefeita municipal e de procurador geral do município, haverem declarado e homologado indevidamente a inexigibilidade de procedimento licitatório para contratação de serviços de consultoria em favor da Prefeitura Municipal de Arapiraca/AL.

3. O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuíam notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ilegalidade inexistente. Fato atípico. [...] (Inq 3077, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 24-09-2012 PUBLIC 25-09-2012)”.¹⁶⁷

“EMENTA: I. Habeas corpus: prescrição: ocorrência, no caso, tão-somente quanto ao primeiro dos aditamentos à denúncia (L. 8.666/93, art. 92), ocorrido em 28.9.93. II. Alegação de nulidade da decisão que recebeu a denúncia no Tribunal de Justiça do Paraná: questão que não cabe ser analisada originariamente no Supremo Tribunal Federal e em relação à qual, de resto, a instrução do pedido é deficiente. III. Habeas corpus: crimes previstos nos artigos 89 e 92 da L. 8.666/93: falta de justa causa para a ação penal, dada a inexigibilidade, no caso, de licitação para a contratação de serviços de advocacia.

1. A presença dos requisitos de notória especialização e confiança, ao lado do relevo do trabalho a ser contratado, que encontram respaldo da inequívoca prova documental trazida, permite concluir, no caso, pela inexigibilidade da licitação para a contratação dos serviços de advocacia.

2. Extrema dificuldade, de outro lado, da licitação de serviços de advocacia, dada a incompatibilidade com as limitações éticas e legais que da profissão (L. 8.906/94, art. 34, IV; e

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito. Inq 3.077/AL. Tribunal Pleno. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: C.M.B.R. e Outros. Relator(a): Dias Toffoli. Brasília, 29 de março de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2813001>>. Acesso em 14 ago. 2016.

Código de Ética e Disciplina da OAB/1995, art. 7º). (HC 86198, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 17/04/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00058 EMENT VOL-02282-05 PP-01033)".¹⁶⁸

No entanto, conforme mencionado, o entendimento do STF acerca da licitação é o de que o tribunal competente para examinar a licitude dos procedimentos licitatórios é o Superior Tribunal de Justiça, pois trata-se de norma infraconstitucional. Confirmam-se os julgados, adiante ementados:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À INEXIGIBILIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. NECESSIDADE DA ANÁLISE PRÉVIA DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (ARE 743901 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 03/09/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 24-09-2013 PUBLIC 25-09-2013)”.¹⁶⁹

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/1992. NECESSIDADE DE REEXAME DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 279. AGRAVO IMPROVIDO. [...] II – É inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica rever a interpretação de norma infraconstitucional que fundamenta a decisão a quo. Eventual ofensa à Constituição seria meramente indireta, o que inviabiliza o recurso extraordinário. [...] (AI 748934 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 28/05/2013,

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 86.198-9/PA. Primeira Turma. Paciente: Adyr Sebastião Ferreira e Outra. Impetrante: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator(a): Sepúlveda Pertence. Brasília, 29 de junho de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469748>>. Acesso em 14 ago. 2016.

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. ARE 743901 AgR/SP. Segunda Turma. Agravante: Miguel Moubada Haddad. Agravado: Antônio Galdino. Relator(a): Cármen Lúcia. Brasília, 25 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4567455>>. Acesso em 14 ago. 2016.

Todavia, o entendimento do STF não é condizente. A licitação encontra previsão na Constituição, o que não impede a regulamentação da matéria pelo legislador derivado, conforme depreendido pela leitura sistêmica do texto constitucional. Ao contrário, a natureza programática da norma exige tal postura.

Dessa forma, quaisquer incompatibilidades entre o procedimento licitatório e o texto da Constituição ensejam uma ofensa direta à lei fundamental, sendo impositiva sua interpretação como norma inconstitucional e não meramente ilegal. Nesse sentido, Luis Roberto Barroso destaca que a inconstitucionalidade será direta “quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional”.¹⁷¹

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes descreve a licitação como um princípio constitucional.¹⁷² Marçal Justen Filho também é seguro ao explicitar que a licitação não pode ser interpretada em desconformidade com a Carta Magna. Observe-se:

“O núcleo primordial da disciplina encontra-se na Constituição Federal, que consagra os princípios e normas fundamentais acerca da organização do Estado e do desenvolvimento da atividade da Administração. Em virtude do princípio da constitucionalidade (hierarquia das leis), a disciplina das licitações e contratos administrativos deve ser procurada primeiramente na Constituição. Mesmo que se recorra à legislação inferior, deve-se ter em vista a superioridade da Constituição”.¹⁷³

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. AI 748934 AgR/RJ. Segunda Turma. Agravante: Unisys Brasil Ltda. Agravado: Ministério Público Federal. Relator(a): Ricardo Lewandowski. Brasília, 10 de junho de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3952095>>. Acesso em 14 ago. 2016.

¹⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 20-21.

¹⁷² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação; Inexigibilidade de licitação; Comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão; Procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 699.

¹⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 13.

Em virtude do que foi destacado, nota-se que o STF também tem competência para julgar questões envolvendo licitação, inclusive sobre sua inexigibilidade.

3.7. Considerações Finais

Para arrematar o assunto da inexigibilidade de licitação na contratação de profissionais especializados é relevante ratificar os argumentos apresentados pelos defensores do instituto e confrontá-los com os princípios orientadores de todo procedimento licitatório.

Uma das justificativas para explicar a validade da inexigibilidade de licitação prevista no artigo 25, inciso II, da Lei 8.666/93 é a singularidade dos serviços prestados. Ocorre que tal requisito é característica presente em qualquer serviço, pois, necessariamente, haverá atuação humana, que materializa este atributo pessoal, diferenciado.

Nesse sentido, percebe-se que a referida justificativa tem o condão de afastar o princípio da competitividade, o qual propõe que a Administração não pode adotar regras que frustrem a disputa entre licitantes. Juntamente, o princípio da igualdade é prejudicado, na medida em que a ausência de competição permite que eventuais contratantes sejam preteridos por outros.

Ao afastar o princípio da competitividade, que obriga a Administração Pública a respeitar os termos do instrumento convocatório, permitindo um julgamento baseado por critérios nele previstos, há violação aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, respectivamente especificados.

Outro argumento apresentado por quem admite a efetividade da inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços prestados por particulares de notória especialização diz respeito à confiança dispensada ao prestador de serviços pelo administrador.

A confiança é atributo emotivo não conferida ao órgão, mas às pessoas que o compõem, ou seja, seus interesses pessoais que alicerçam as escolhas da Administração Pública.

A preferência por profissionais de “confiança” afronta o princípio da impessoalidade, já que o eventual contratante jamais será tratado de forma neutra, ao contrário, o argumento apresentado permite uma escolha fundamentada em critérios de preferência.

A escolha baseada nos interesses pessoais daqueles que fazem parte do órgão viola também o princípio da indisponibilidade do interesse público, o qual dispõe que o interesse da Administração Pública se amolda ao da coletividade.

No que tange à impossibilidade de se prever antecipadamente acerca de contratação vantajosa é importante destacar que a inexigibilidade ora analisada vai em caminho contrário a este entendimento.

Salienta-se, como já mencionado, que são muitos os profissionais existentes no mercado e que o administrador jamais terá conhecimento amplo do mercado a ponto de identificar todos eles e de saber quem é o melhor sem prévia licitação.

Novamente, o princípio da indisponibilidade do interesse público é violado diante da presente situação, em especial no que se refere ao aspecto da economicidade, pois a contratação direta elimina um processo competitivo que permite o aumento qualitativo das ofertas e que visivelmente diminui gastos.

Outra justificativa formulada por quem é favorável à contratação direta dos serviços técnicos prestados por profissionais de notória especialização menciona o desinteresse de especialistas notórios em participar de procedimento licitatório.

Ora, a Administração Pública não deve ter como objetivo agradar os particulares com quem contrata, ao contrário, é impositivo que o administrador permita a igualdade de condições aos administrados, de modo a proporcionar isonomia entre eles.

Não temos como saber se a licitação seria motivo suficiente para concluir que os notórios especialistas se indisporiam em participar do procedimento competitivo, de modo a afastá-los da futura contratação.

Por tudo aquilo que foi exposto ao longo do trabalho, percebe-se que o instituto ora analisado, qual seja, a inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos, de natureza singular, prestados por profissionais ou empresas de notória especialização, afronta os princípios licitatórios, tais como os da igualdade/isonomia, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da impessoalidade, da competitividade e da indisponibilidade do interesse público.

CONCLUSÃO

A presente monografia visou demonstrar a violação aos princípios licitatórios provocada pela inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos, de natureza singular, prestados por profissionais ou empresas de notória especialização, por meio da contraposição dos argumentos favoráveis ao instituto.

Para tal finalidade, se fez presente a necessidade de delinear os princípios e pressupostos que regem o procedimento licitatório, além de especificar as hipóteses de contratação direta e de adentrar nas justificativas favoráveis à inexigibilidade prevista no artigo 25, inciso II, da Lei 8.666/93.

Após, buscou-se refutar as argumentações que defendem a contratação direta dos profissionais notórios e especializados de maneira clara e objetiva.

No que tange à singularidade, salientou-se que é característica inerente a todo ser humano, que sempre prestará serviços de forma diferente dos demais, ou seja, todos os serviços são singulares. Caso o critério da subjetividade fosse um obstáculo para o procedimento licitatório, não haveria licitação para nenhuma contratação derivada de serviços intelectuais, o que é impraticável.

Conforme abordado, os serviços de caráter intelectual jamais deixarão de ser subjetivos, competindo ao legislador prescrever que a Administração Pública adote critérios objetivos para selecionar o prestador de serviços.

Em relação à impossibilidade de se prever antecipadamente a ocorrência de contratação vantajosa, observou-se que a referida situação torna obrigatória a realização de licitação. A utilização de critérios objetivos para aferir a qualidade dos profissionais de notória especialização possibilita que a competitividade esteja presente e que a Administração possa escolher a melhor proposta.

Apenas a licitação permite a constatação do profissional mais adequado, pois somente dessa maneira torna-se possível a comparação entre os atributos objetivos de diversos prestadores.

Nesse sentido, o procedimento licitatório é o meio apropriado para a Administração Pública proteger suas pretensões. A realização de licitação possibilita a análise de diferenças técnicas entre os competidores.

Em virtude do que foi destacado, não é coerente exigir que o administrador público tenha uma noção vasta do mercado a ponto de inexigir a licitação certo de que a contratação é inquestionavelmente a melhor opção.

Ao abordar o argumento de que a confiança enseja a contratação direta, salientou-se que não é atributo conferido ao órgão, o qual não se confunde com as pessoas que o compõe. Tais pessoas não devem se aproveitar do aparato do Estado para selecionar o futuro contratante com base em critérios velados de impessoalidade, na medida em que na realidade seus interesses pessoais que fundamentam as decisões da Administração Pública. Conforme mencionado, o princípio da impessoalidade é afastado diante dessa situação.

O administrador deve estar adstrito ao instrumento convocatório, o que permite a concretização da competitividade com alicerce em escolhas objetivas.

Evita-se, portanto, a discricionariedade dos agentes administrativos, proibindo que estes escolham arbitrariamente o “melhor profissional”, ato censurável.

A justificativa consistente na indisposição de renomados especialistas como caracterizador da inexigibilidade de licitação não é motivo suficiente para ensejar a contratação direta. A realidade é que a Administração Pública não tem a finalidade de agradar os particulares com quem contrata. O seu objetivo é possibilitar a igualdade de condições aos administrados.

Ainda que os referidos profissionais tenham alto grau de especialização, devem ser submetidos a regras idênticas em comparação com outros profissionais.

A realidade prática demonstra que os especialistas de renome não procuram fazer parte do procedimento licitatório em virtude de serem contratados diretamente por algum administrador. A partir do momento em que se proporcionar a concorrência para tais profissionais, mediante uma lei capaz de obrigar a realização de um certame isonômico, certamente haverá demanda para preenchimento das vagas oferecidas.

Mesmo que nem todos os profissionais considerados como notoriamente especializados participem do procedimento licitatório, sem dúvidas haverá uma diversidade de concorrentes cuja capacidade permitirá uma contratação imensamente vantajosa para a Administração.

Em face do exposto, foi possível concluir que a inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos, de natureza singular, prestados por profissionais ou empresas de notória especialização, prevista no artigo 25, inciso II, da Lei 8.666/93, viola os princípios licitatórios.

REFERÊNCIAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Contratação de serviços técnicos especializados pela administração pública: contratação direta pela via da inexigibilidade de licitação: Análise da Lei nº 8.666/93. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 7*, p. 17-27, mar. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, *Lei 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.html>. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. Processo nº TC-025.590/92-8. Decisão nº 325/1993 – Plenário. Relator: Ministro-Substituto José Antônio Barreto de Macedo. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 dez. 1993, Seção I. P. 19082.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 22 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1192332/RS. Primeira Turma. Recorrente: Élbio de Mendonça Senna. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator(a): Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 12 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1278654&sReg=201000806673&sData=20131219&formato=PDF>. Acesso em: 13 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1377703/GO. Segunda Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás. Recorrido: Luiz Oliveira da Silveira Filho e Outros. Relator(a): Eliana Calmon. Brasília, 03 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1247148&sReg=201103059875&sData=20140312&formato=PDF>. Acesso em: 11 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. AI 748934 AgR/RJ. Segunda Turma. Agravante: Unisys Brasil Ltda. Agravado: Ministério Público Federal. Relator(a): Ricardo Lewandowski. Brasília, 10 de junho de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3952095>>. Acesso em: 14 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. ARE 743901 AgR/SP. Segunda Turma. Agravante: Miguel Moubada Haddad. Agravado: Antônio Galdino. Relator(a): Cármen Lúcia. Brasília, 25 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4567455>>. Acesso em: 14 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 86.198-9/PA. Primeira Turma. Paciente: Adyr Sebastião Ferreira e Outra. Impetrante: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator(a): Sepúlveda Pertence. Brasília, 29 de junho de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469748>>. Acesso em: 14 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito. Inq 3.077/AL. Tribunal Pleno. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: C.M.B.R. e Outros. Relator(a): Dias Toffoli. Brasília, 29 de março de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2813001>>. Acesso em: 14 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 012.209/2009-3. Acórdão nº 1437-21/11-P - Plenário. Relator: CAMPELO, Valmir. Data da sessão: 01/06/2011. Publicado no DOU de 03/06/2011, p. 129 – Seção 1. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 11 out. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas. 2015.

CRETELLA JR., José. *Licitações e Contratos do Estado*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

DA SILVA, Ivanildo Severino. *Licitação, dispensa de licitação e inexigibilidade de licitação. Apontamentos*. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/licitacao-dispensada-dispensa-de-licitacao-e-inexigibilidade-de-licitacao-apontamentos/19899/>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação; Inexigibilidade de licitação; Comentários às*

modalidades de licitação, inclusive o pregão; Procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. 3. ed. 1994 apud MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos: teoria, prática e jurisprudência*. São Paulo: Atlas. 2001.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRAU, Eros Roberto. *Licitação e contrato administrativo* (estudos sobre a interpretação da lei) apud NIEBUHR, Joel de Menezes. Serviços técnicos profissionais especializados de natureza singular. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 94, p. 45-55, out. 2009.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Contratação Direta sem Licitação*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. Ainda a Inviabilidade de Competição para Contratação de Serviços Técnicos Profissionais Especializados. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 17, p. 2057-2073, mai. 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

LIBRAÇÃO, Elisângela da. *Inexigibilidade de licitação*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/revista_artigos_leitura&artigo_id=13820>. Acesso em: 10 out. 2015.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Serviços técnicos profissionais especializados de natureza singular. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 94, p. 45-55, out. 2009.

OLIVEIRA, Marcus Vinicius de Lima. *Os diversos aspectos do princípio da igualdade na licitação pública*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4289>. Acesso em: 04 out. 2015.

PESTANA, Márcio. *Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008.

SUNFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. 2. ed. Editora Malheiros, 1995.

VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.

VERÍSSIMO, Dijonilson Paulo Amaral. *Princípios gerais e específicos da licitação*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12955>. Acesso em: 04 out. 2015.